InDret

Revista para el análisis del derecho

2.20

-

Abril de 2020

Sumario 2.20

Editoriales

-
Fuerza mayor
Carlos Gómez Ligüerre i-xi
-
Minimizar desastres naturales
Jesús-María Silva Sánchez xii-xiv
-
Un pequeño e insuficiente paso en el reconocimiento del grado en Criminología
Elena Larrauri y Daniel Varona xv-xvi
-

Derecho privado

-
Smart contracts o "Code is Law": soluciones legales para la robotización contractual.
Cristina Argelich Comelles 1-28
-
El nombre como limitación del derecho de marca tras el Real Decreto-ley 23/2018.
Avances significativos en el proceso de industrialización de la denominación social
Luís María Miranda Serrano 29-110
-
El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.
Rocío López San Luis 111-138
-
¿Economía sumergida e intrusismo al amparo del turismo colaborativo? El caso de los free tours.
Aránzazu Roldán Martínez y
María Victoria Gutiérrez Duarte 139-170
-

Derecho Penal

-
Poena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo
Laura Pozuelo Pérez 171-194
-
M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica
Carlos Zabala López-Gómez 195-224

-
Recientes tendencias en la reforma de la responsabilidad penal culposa en Italia: en particular la reforma de la culpa medica y las diferencias con el enfoque español
Matteo Leonida Mattheudakis 225-269
-
Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?
Alejandro Ayala González 270-303
-
La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva
Federico Montero 304-349
-

Criminología

-
¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?
Un estudio sociológico sobre la victimización
Tom Daems 350-372
-
Relación entre la violencia en la pareja y otras formas de victimización. Un estudio de clases latentes en la población universitaria
Josep M. Tamarit Sumalla, Claudia Malpica Lander e Irene Montiel Juan 373-393
-
Actitudes hacia los delincuentes multirreincidentes en España. Un enfoque explicativo
Alfonso Serrano Maíllo 394-420
-

Público y regulatorio

-
Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH.
Manuel Gómez Tomillo 421-456
-
Tipología y régimen jurídico de los sujetos gestores de residencias de mayores
Jorge Castillo Abella 457-507
-
¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y
Alejandro Turienzo Fernández 508-557
-

Actualidad

-
Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso 558-584
Juan José Ganuza y Fernando Gómez Pomar
-
Comentario a las «Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications». 585-600
Idoia Elizalde Salazar
-
Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (desembre 2019 – març 2020) 601-612
Miriam Anderson
-

Recensiones

-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez Ostiz 613-628
-

InDret
2.2020

Editorial

Fuerza mayor

-

Cancelaciones, retrasos, interrupciones en la cadena de distribución y transporte, prohibiciones de actividad, aviones que no despegan, mercancías que no llegan, comercios cerrados, descenso abrupto del consumo y de los ingresos de las familias, reducción drástica de la inversión, la mayoría confinados en nuestros hogares y todos pendientes de la evolución de una pandemia de precedentes demasiado remotos como para pensar que algo así podía alterar de nuevo nuestra vida cotidiana.

Desde que el pasado 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declarara la situación de pandemia por la enfermedad Covid-19 causada por el coronavirus SARS-CoV-2, se han sucedido las medidas preventivas adoptadas por los gobernantes de todo el mundo. Son de mayor o menor intensidad, pero en todo caso suponen afectaciones graves a la economía y al funcionamiento normal de los mercados. Un panorama desolador que solo cede su gravedad ante la terrible factura de las vidas humanas segadas por un organismo microscópico que ha evidenciado nuestra fragilidad y la ingenua seguridad con la que organizábamos nuestras vidas y actividades.

Estamos ante un supuesto de fuerza mayor. Sin duda. Si se prefiere, ante una situación de emergencia que provoca un estado de fuerza mayor y la adopción de medidas (sobre todo, prohibitivas) que impiden el cumplimiento normal de los contratos. En todo caso, la crisis tiene dimensiones tan gigantescas que es irrelevante debatir si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible. La situación actual quedará en nuestra memoria colectiva -social, económica y jurídica- y, a partir de ahora, ya no habrá contratos de cierta complejidad que prescindan de una cláusula que prevea una solución contractual para casos como el presente.

El sistema legal deberá, sin embargo, dar una respuesta a las pretensiones de las partes de los contratos afectados por la pandemia y sus consecuencias económicas: a las obligaciones de los deudores que no pudieron prestar o que solo pueden hacerlo a un coste muy superior al que podían prever cuando

contrataron y a los acreedores que no recibieron una prestación que, acaso, habrá perdido interés cuando la situación de los mercados se estabilice. Mientras tanto, unos y otros, habrán sufrido -están sufriendo- una pérdida de ingresos que no se acompasa con una reducción de sus costes fijos en una situación global -pandémica- que evidencia que el mercado es -nada más ni nada menos- que un entramado de relaciones contractuales.

El gobierno, en ejercicio de las funciones que le encomiendan el artículo 116.2 Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el precepto, se ha embarcado en una frenética actividad normativa. Muchas de las previsiones adoptadas alteran la regulación de determinados contratos o afectan, en general, a las pretensiones derivadas de contratos vigentes. Las más generales fueron las contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para a gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, que se ha prorrogado ya en tres ocasiones. Sus Disposiciones adicionales segunda y cuarta imponen, respectivamente, la suspensión de los plazos procesales y la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

A esas primeras disposiciones generales han seguido las adoptadas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, referidas a la prórroga en los plazos de pago de la deuda hipotecaria garantizada con la vivienda habitual o con inmuebles destinados a una actividad económica (artículo 7) cuando el deudor se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica (artículos 8 y 9), la generalización del beneficio de excusión a fiadores y avalistas de tales deudas que se encuentren a su vez en una situación de especial vulnerabilidad (artículo 10), el procedimiento para ser beneficiario de las medidas indicadas (artículo 11 a 14), la inaplicación de los intereses moratorios en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria y contratados por esos deudores especialmente afectados por la situación actual (artículo 15) y a la interrupción (y no mera suspensión) de los plazos para la devolución (¿también de desistimiento?) de productos ya adquiridos (artículo 21). Además de determinadas medidas aplicables a personas jurídicas de derecho privado (artículo 40) referidas a la formulación y aprobación de sus cuentas y a la suspensión de la obligación de disolución cuando concurra causa legal y de sus efectos, la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos de los registros (artículo 42) y la suspensión del plazo para la solicitud del concurso de acreedores (artículo 43), medida que se complementa con las relativas a los concursos ya iniciados antes del estado de alarma (Disposición adicional décima).

Dos semanas después, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, modificaba en su Disposición adicional primera la mayor parte de las disposiciones contenidas en el anterior Real Decreto-ley 8/2020 y añadía a las medidas económicas otras especialmente destinadas a deudores y contratantes en situación de especial vulnerabilidad económica. Entre ellas, señaladamente, la de suspensión de los procedimientos de desahucio (artículo 1), de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (artículo 2), de moratoria en el pago de las rentas (artículos 3 a 9), de suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria (artículo 21 y 23 a 27), de vigencia del beneficio de excusión para los fiadores y avalistas de contratos de crédito cuyas obligaciones se

han suspendido (artículo 22). El decreto anuncia en su Disposición adicional decimonovena que se adoptarán determinadas medidas de agilización procesal y añade en su disposición transitoria cuarta determinadas medidas en materia de concurso de acreedores.

Días después, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, incluye en sus artículos 1 a 5 el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta de arrendamientos de inmuebles para uso distinto del de vivienda para los casos en que las partes contratantes no hayan llegado a un acuerdo al efecto.

Medidas todas ellas que se complementan con otras adoptadas para el mantenimiento de servicios esenciales, ayudas públicas a determinados colectivos y un número lógicamente relevante de disposiciones en materia administrativa, tributaria y, sobre todo, laboral.

Se trata de normas dictadas en una situación de extraordinaria y urgente necesidad (cfr. artículo 86 CE). En el momento de escribir estas líneas, todas, salvo las contenidas en el Real Decreto-ley 15/2020, han sido ya convalidadas mediante los correspondientes Acuerdos del Congreso de los Diputados y se han incorporado a nuestro ordenamiento para dar respuesta a los inminentes problemas económicos causados por una crisis sanitaria de dimensiones catastróficas.

Sin perjuicio de la necesidad de todas ellas, es oportuno recordar que es arriesgado legislar en tiempo de crisis: falta la perspectiva que exige aprobar normas con carácter general y vocación de permanencia. La urgencia, además, impide el sosiego que exige el proceso de elaboración y de aprobación de una norma y reduce las garantías procedimentales en su tramitación. El codificador civil era consciente de tales extremos y por tal motivo el artículo 4.2 CC se ocupa de prevenir que «*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*». Resulta, por ello, criticable -al menos en cuanto al procedimiento seguido y en lo que se refiere a normas con relevancia contractual- que con motivo del Real Decreto-ley 6/2020, se hayan modificado -con carácter general y definitivo- determinados preceptos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler socia y del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Las medidas incluidas en la modificación se podrían haber adoptado solo con carácter de urgencia y dejar la reforma de la ley para un momento de mayor estabilidad política, social y económica.

También parece oportuno destacar una obviedad: esta crisis afecta a todos los contratantes y todos ellos forman parte de la realidad económica perjudicada por la crisis. En qué medida resulte perjudicada cada parte del contrato, dependerá de muchos factores, pero esta no es solo una crisis de deudores. El legislador debería ser consciente de que las medidas de protección del deudor de determinadas prestaciones alteran el equilibrio acordado por las partes del contrato en los términos en que fue pactado. En este sentido, parece más que razonable una regla como la que Alemania ha incorporado al nuevo artículo 240 §1 EBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) con motivo de la actual crisis. El precepto prevé un aplazamiento general hasta el próximo 30 de junio de 2020 del pago de las deudas debidas por consumidores y pequeñas y medianas empresas que sean exigibles conforme a contratos de tracto sucesivo concluidos antes del 8 de marzo de este año. El aplazamiento general está sujeto a los requisitos previstos en el precepto y no se aplica a determinados contratos, por ejemplo el de

arrendamiento, que han sido objeto de medidas específicas. El apartado tercero del precepto, sin embargo, reconoce al acreedor el derecho a oponerse al aplazamiento si el retraso le genera un perjuicio económico que afecta a su subsistencia (*Absatz 1 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde. Absatz 2 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde.*). Cuando así suceda, el deudor tiene derecho a resolver el contrato.

En todo caso, las normas especiales con relevancia contractual dictadas en las normas de emergencia ante la crisis son las contenidas en los Reales Decretos indicados. Son normas especiales que se suman a otras muchas ya existentes cuya aplicación está prevista para situaciones tan graves como la actual. Así, y siempre en materia contractual, los artículos 75 y 76 (imposibilidad de devolución) y 160 (imposibilidad de ejecutar el viaje combinado) TRLGDCU y las normas del Código civil especialmente previstas para determinados contratos, como el artículo 484 (usufructo), 1563 y 1575 (arrendamiento), 1589 (contrato de obra), 1602 (transporte), 1625 (censos), 1744 y 1745 (comodato), 1777 y 1784 (depósito), 1896 (cobro de lo indebido) y de forma destacada, el artículo 1452 CC, para el contrato de compraventa. La aplicación de la mayoría de ellas será, sin embargo, previsiblemente escasa. Desgraciadamente, el virus afecta a las personas, no a las cosas, y el problema no será que estas se hayan destruido o hayan desparecido, sino que los obligados a darlas o a recibirlas no pueden hacerlo en los términos en que se obligaron.

Para el resto de contratos que conforman el extenso panorama de nuestra economía, quedan las normas generales. La más relevante es la que explica el contrato mismo: el pacto, lo que las partes, en su caso, hayan previsto, si lo hicieron, para el caso de que sucediera algo como lo que sufrimos. Un pacto para buscar una solución dentro del contrato, mediante la alteración de las obligaciones y derechos o su forma de cumplimiento y ejercicio, o para dejar el caso definitivamente fuera del contrato y ordenar la liquidación de las consecuencias causadas por el desastre.

Cuando las partes hayan contemplado escenarios como el causado por la pandemia habrá que estar a lo que decidieron, sin otra limitación que las generales que vengan impuestas por los criterios de incorporación y, en su caso, de contenido de la cláusula contractual en cuestión.

Es posible, sin embargo, que las partes contratantes no hayan previsto un escenario como el actual o que la previsión resulte insuficiente a la vista de la magnitud de la tragedia. Cuando así suceda -será de hecho lo habitual-, la laguna contractual deberá colmarse con el recurso a las normas legales. Entre ellas, de forma muy destacada, el principio de la buena fe (artículo 7 CC), que habrá de guiar con especial rigor e intensidad la actuación de los contratantes y de quienes deban juzgarla. En especial, las exigencias concretas que imponga el deber de mitigar el daño que, aunque solo esté expresamente reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo 17 LCS y en el 77 del Convenio de Viena, es fácilmente deducible del principio general de buena fe. Conforme a él, y puesto que muchas de las contingencias económicas provocadas por la crisis

sanitaria pueden ser solo temporales, la respuesta contractual más adecuada puede ser la suspensión de las obligaciones y derechos respectivos. No es tiempo de comportamientos oportunistas.

Sin embargo, la emergencia sanitaria finalizará antes que sus efectos económicos y, en todo caso, es más que probable que el mundo que nos quede después de este episodio sea diferente al que hemos conocido hasta la fecha. Puede suceder, por tanto, que la suspensión no sea posible, por las características de la prestación contractual o por las circunstancias de los contratantes, y que deba aplicarse otra solución, mucho más compleja, que resuelva el espinoso problema de la asignación del riesgo contractual específicamente generado por la crisis. Y hay que reconocer, con resignación y mucha preocupación por nuestro futuro inmediato, que el ordenamiento jurídico español llega a esta crisis con los deberes sin hacer.

Además de las reglas especiales ya referidas y de las que se han adoptado con carácter excepcional, los contratantes sujetos a derecho español disponen de la (única) regla general sobre caso fortuito, que se contiene en el artículo 1105 CC («*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.*») La consecuencia de la norma es exonerar de responsabilidad al deudor que es víctima de lo imprevisible o lo inevitable o de ambas cosas a la vez. El tenor literal del precepto es claro al respecto y así lo confirma su ubicación sistemática, entre los preceptos que el Código dedica al incumplimiento de los contratos y sus efectos. Se trata, con todo, de una norma subsidiaria por partida doble: solo se aplicará en ausencia de una norma legal que prevea otro desenlace y en defecto de pacto entre las partes.

La regla general para el caso fortuito se complementa con los preceptos que el Código incorpora bajo la controvertida rúbrica «De la pérdida de la cosa», que deberá ser posterior a la conclusión el contrato, pues de otro modo este devendría ineficaz por falta de objeto (cfr. artículo 1272 CC). Entre ellos, y a los efectos que ahora interesan, el artículo 1182 CC, para las obligaciones de dar («*Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.*»), y el artículo 1184 CC, para las obligaciones de hacer («*También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible.*») En estos casos, el Código se limita a ordenar la liberación del deudor afectado por la pérdida de la cosa o la imposibilidad de la prestación. Una previsión escasa, pero necesaria en un régimen contractual como el nuestro que permitiría, en otro caso, que el acreedor insatisfecho exigiera el cumplimiento específico de la obligación (cfr. artículo 1124 CC).

Fuera de esos casos expresamente previstos con carácter general, parece que el Código no da otra salida al deudor afectado por circunstancias adversas. En la balanza entre el respecto a lo pactado y su adaptación a las circunstancias, nuestro Código, repleto de reglas sabias que no pudieron anticipar la dimensión de las crisis que le han sucedido, inclina el fiel hacia el cumplimiento exacto del acuerdo.

El efecto no es automático, ni siquiera exacto. Las reglas indicadas obvian el efecto que la exoneración o la liberación hayan de tener en el contexto habitual de obligaciones sinalagmáticas. En tales casos, y dejando al margen las oscuras reglas sobre transmisión de los

riesgos en el contrato de compraventa, la jurisprudencia se ha visto obligada a recurrir a expedientes de diversa índole para ajustar el impacto contractual de la imposibilidad. Desde la (re)interpretación de la voluntad contractual hasta la desaparición sobrevenida de la causa, pasando por el error del contratante afectado por la imposibilidad.

Además, la rigidez del Código es solo aparente, pues se atempera por el principio general de culpa (que se ha considerado tradicionalmente vigente a pesar de las dudas que genera el artículo 1101 CC). Una culpa que solo cede ante el deudor moroso, justamente tratado con especial severidad. El requisito de la culpa ha llevado a nuestros jueces y tribunales a ampliar los ámbitos de lo imposible y de lo inevitable, que con demasiada frecuencia han sido aplicados a circunstancias de imposibilidad o dificultad relativas o meramente subjetivas. Algo que se aleja de, al menos, el tenor literal de los preceptos referidos. El artículo 1105 CC se refiere a «sucesos» y los artículos 1182 y 1184 CC a «pérdida de la cosa» y a la imposibilidad «legal o física», respectivamente. Se trata, por tanto, de impedimentos ajenos al deudor.

La exigencia de culpa, sin embargo, no aporta nada en una situación general -global- que afecta a todos los sectores de la economía y a contratantes de todo tipo involucrados en prestaciones que se han visto, todas ellas, afectadas por una misma causa de fuerza mayor, objetiva y desgraciadamente indiscutible. Ya no puede jugarse el comodín de la responsabilidad por culpa: o es común, y en ese caso ya no sirve para distinguir los diligentes de los negligentes, o es irrelevante porque el incumplimiento se hubiera producido igualmente a pesar de la eventual diligencia del deudor. Y en tal situación, tan injusto -e ineficiente- es exonerar a todos los deudores como preservar el derecho de todos los acreedores.

El actual estado de cosas sobre la materia en nuestro ordenamiento es de tal fragilidad que el apartado II del Preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020, reconoce sin pudor que:

> «Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves.»

Una afirmación que constata la incuria de nuestros legisladores recientes, que ha trasladado históricamente el problema a nuestros jueces y tribunales. Lo asume el mismo Preámbulo con motivo de la presentación de las medidas excepcionales sobre arrendamientos que se contienen en el Real Decreto:

> «Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.»

En efecto, la jurisprudencia civil reciente no ha sido ajena a los problemas señalados. Espoleada por los graves problemas que ocasionó la crisis financiera, la Sala Primera del Tribunal Supremo ensayó la generalización de la doctrina *rebus sic stantibus*. En la STS 591/2014, Sala Primera, de 15 de octubre (Roj: 5090/2014) y en la STS 333/2014, Sala Primera, de 30 de junio (Roj: 2823/2014), el Tribunal asumió con excesiva generosidad los efectos que una alteración sobrevenida (aunque en algunos de los casos era previsible) de las circunstancias había de tener

en los términos acordados. La reciente STS 156/2020, Sala Primera, de 6 de marzo (Roj: 791/2020) ha intentado encauzar esa doctrina, aunque los tiempos no le hayan sido propicios.

Y así, con unos preceptos deslucidos por el tiempo y el uso y una jurisprudencia vacilante, llegamos a una crisis que puede ser de largo recorrido.

Las medidas de urgencia adoptadas en nuestro ordenamiento con motivo de la crisis sanitaria no difieren de las que han decidido en Alemania (en materia contractual, con la *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie in den Bereichen Insolvenz-, Gesellschafts-, Zivil- und Strafverfahrensrecht*), en Italia (en, por ejemplo, el *Decreto-Legge 17 marzo 2020 n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*) o en Francia (con especial relevancia para los contratos, por ejemplo, la *Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*). Normas legales que, como las españolas, pretenden acomodar los derechos y obligaciones contractuales a las consecuencias provocadas por las medidas de reducción de la actividad que se han adoptado en esos países y que se suman a otras de carácter sanitario, fiscal, laboral, aduanero, administrativo y de ayuda a colectivos vulnerables.

Entre esos ordenamientos y el nuestro existe, sin embargo, una diferencia relevante. Todos ellos disponen de una norma general en materia de alteración sobrevenida de las circunstancias o *rebus sic stantibus*. Alemania dispone de un §313 en su *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) sobre la modificación o desaparición de la que denomina la «base del negocio jurídico» (*Störung der Geschäftsgrundlage*). En aquella cultura jurídica, que es la referencia en la materia, la monografía de Paul Oertmann (1865-1938), *Die Geschäftsgrundlage,* cambió la forma de entender el problema y sentó las bases de la regulación vigente. Hasta entonces, por influencia de la obra de Bernhard Windscheid (1817-1892) y de su *Voraussetzungslehre*, se había entendido que un cambio imprevisto de circunstancias suponía la nulidad del contrato, pues este dependía de la subsistencia de las condiciones que las partes habían asumido o previsto como presupuestos de su voluntad contractual. La monografía de Oertman, que se publicó en 1921, durante los episodios de hiperinflación de la República de Weimar, dio a los tribunales de aquel país la pauta para modificar el contenido de los contratos y evitar su ineficacia.

En Italia, el artículo 1467 *Codice civile* regula los efectos de una «excesiva onerosidad» sobrevenida en los contratos de larga duración con obligaciones sinalagmáticas. En Francia, con motivo de la modernización de su derecho de obligaciones, se introdujo un artículo 1195 *Code civil* sobre los efectos en un contrato del cambio sobrevenido de circunstancias en términos muy similares a la regulación alemana.

Son normas generales. Deben serlo necesariamente preceptos llamados a ser aplicados a todos los contratos, típicos y atípicos, afectados por un cambio sorpresivo de circunstancias imprevisibles que convierten su cumplimiento en más oneroso de lo que justifican los acuerdos alcanzados entre las partes. A pesar de las diferencias existentes entre ellos, cuyo análisis excede del objeto de esta nota, todos obedecen a una misma lógica: el cambio de circunstancias debe ser imprevisible y posterior a la conclusión del contrato, las partes deben ajustar sus deberes contractuales a las nuevas circunstancias y, en caso de que el acuerdo no se produzca, en ocasiones se permite que el juez ajuste las obligaciones contractuales a las nuevas circunstancias

o se reconoce a la parte afectada el derecho a resolver el contrato, con las consecuencias generales que prevé cada uno de esos derechos.

A pesar de su generalidad, tales normas permiten que los gobernantes de aquellos países se centren en la adopción de medidas excepcionales y temporales que resuelven problemas concretos de contratos concretos o de contratantes específicos con la tranquilidad de que el resto de casos dispone de una regulación general para un supuesto como el causado por la crisis sanitaria. La existencia de esos preceptos va acompañada de los desarrollos elaborados por la jurisprudencia que los ha aplicado y, en todo caso, se trata de preceptos cuya existencia conocían las partes de contratos sujetos a esos ordenamientos, que pudieron, entonces, avenirse a la aplicación de la norma legal general o pactar la alternativa que tuvieron por conveniente.

Nada de eso sucede en nuestro derecho. Desgraciadamente. Y la laguna carece de justificación. Hace muchos años que los ordenamientos de referencia en nuestro entorno disponen de normas para la *rebus* y todos los proyectos y propuestas de modernización, homogeneización o armonización del derecho privado que muchas y variadas entidades han promovido en las últimas décadas -todos- proponen la adopción de normas sobre el tema. Así, los artículos 6.1.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (PICC), el artículo 6:111 de los *Principles of European Contract Law* (PECL), el artículo III.-1:110 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y el artículo 89 del *Common European Sales Law* (CESL). Propuestas que, unidas a la experiencia de los ordenamientos jurídicos referidos, se fundieron en el artículo 1213 de la «Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos» que la Comisión General de Codificación elaboró en el año 2009, que ha sido injusta e incomprensiblemente relegada por nuestros responsables políticos desde entonces.

Acaso alguna de las normas o propuestas indicadas pudiera incluirse en la legislación de urgencia dictada con motivo de la crisis causada por la Covid-19. La situación exige una intervención del legislador que diera a los contratantes, primero, y a nuestros jueces y tribunales, después, un marco claro de actuación, especialmente urgente en atención a los escasos mimbres normativos con los que cuenta nuestro derecho de obligaciones para dar respuesta a una situación tan extrema como la que nos toca vivir ahora.

Ya se han dictado normas específicas para el contrato de arrendamiento, que en el caso de la vivienda habitual tiene un contenido imperativo, o para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, cuya estructura legal y económica es similar en todos los casos. Todas ellas tendentes a reequilibrar los derechos y obligaciones contractuales mediante la imposición de un nuevo contenido diferente del acordado. Quedaría ahora el reto de buscar una solución general para el resto de acreedores y deudores que fuera más allá de la simple suspensión de los plazos de prescripción de sus pretensiones contractuales y de los plazos procesales. Los ejemplos en países cercanos pueden servir de pauta. De otro modo, se trasladará el problema a nuestros tribunales y hacerlo supondrá enormes costes de administración y gestión, tanto para las partes del proceso como para el resto de la sociedad. La experiencia, nada edificante, de la última crisis financiera debiera servirnos de escarmiento. Posponer la solución y esperar a los que digan los jueces y tribunales es, además, tan arriesgado como ingenuo: el problema más acuciante que va afectar a la viabilidad económica de la mayoría de los contratos será la falta de liquidez, de

disposición de dinero para atender las obligaciones exigibles, y su solución no puede depender de las resultas de un pleito. Será demasiado tarde.

Es urgente que los operadores jurídicos de nuestro país dispongan de un marco normativo que permita anticipar la reacción de los tribunales. Intuir razonablemente el desenlace de un pleito es el mejor antídoto contra la litigación puramente estratégica u oportunista que las circunstancias actuales pueden promover en muchos deudores reacios a cumplir que pueden encontrar en la crisis el pretexto perfecto para reducir sus obligaciones o retrasar su cumplimiento.

En ausencia de una pauta legal, convendría, al menos, que nuestros jueces, tribunales y árbitros no decidieran los casos que les llegarán de forma muy diferente a como lo harán sus homólogos en los países que son referencia en nuestro entorno económico, de acuerdo con sus precedentes normativos.

A tal efecto, sería conveniente, en primer lugar, que en todos los procesos se exigiera una prueba exquisita de la buena fe de los contratantes afectados por la crisis. Una buena fe, a la que ya se ha hecho, referencia, que proyecta su eficacia en todas las fases del contrato, también en la de cumplimiento. El fracaso en la adaptación del contrato a lo que las partes pueden razonablemente exigir y prestar en el nuevo escenario deberá ser visto con enorme desconfianza. Antes de analizar si el cumplimiento es imposible o excesivamente gravoso en los términos en que se acordó habrá que ver qué alternativa han valorado las partes del contrato para mantener su vigencia o para liquidarlo. Y no debería merecer el auxilio de un tercero quien se apalanca en el texto del contrato como si la crisis no se hubiera producido o quien propone ajustes que son peores que los efectos de la crisis misma.

Convendría, en segundo lugar, aplicar las normas generales sobre imposibilidad de los artículos 1105, 1182 y 1184 CC y su eficacia exoneradora de responsabilidad o liberadora del cumplimiento a los supuestos de imposibilidad material, por pérdida o destrucción de la cosa, o legal, por la existencia de normas imperativas que impidan la ejecución de la prestación. En definitiva, para los casos de imposibilidad objetiva, salvo que la prestación afectada sea personalísima.

La imposibilidad es una excusa propia de ordenamientos contractuales basados en la culpa y en la pretensión de cumplimiento específico. Es extraña en muchas culturas jurídicas, señaladamente las pertenecientes al *Common law*, que manejan un criterio objetivo de responsabilidad por el incumplimiento y que lo resuelven en la mayoría de los casos mediante el pago de una indemnización. Una tendencia que ya no es solo propia de la cultura anglosajona. En Alemania, la versión vigente del §275 BGB libera al deudor afectado por la imposibilidad de la pretensión de cumplimiento específico de su acreedor, pero este mantiene la posibilidad de reclamar el cumplimiento por equivalente.

En nuestro país, por las razones sucintamente referidas, los jueces y tribunales se han visto obligados a acudir a la doctrina sobre la imposibilidad para resolver casos en que la prestación es objetivamente posible, pero ha devenido excesivamente costosa o económicamente ruinosa. Conviene dejar de hacerlo. El problema no está en rúbrica de la doctrina a la que se acuda o en un prurito académico, sino en los remedios que se apliquen y en la situación actual, conviene

buscar fórmulas que permitan la subsistencia de lo acordado que vayan más allá de la mera exoneración o liberación de obligaciones.

La problemática más recurrente que afectará a la mayoría de los contratos consistirá en el incremento de costes asociados al cumplimiento o en la devaluación del valor de la prestación. Y ese no es un problema de «imposibilidad», sino de reparto del riesgo y sus costes entre partes que ni previeron el primero ni calcularon los segundos.

En todo caso, la imposibilidad, allí donde exista conforme a lo dicho, debería acompañada de la atribución al acreedor afectado del *commodum* del artículo 1186 CC. No hay otro modo de equilibrar la situación que resulta de la imposibilidad de cumplir por parte del deudor.

Es importante, en tercer lugar, insistir en que la *rebus* es una doctrina de último recurso. Se trata de una excepción al principio general de cumplimiento (*odiosa sunt restringenda*) y una solución alternativa a los remedios legales o contractuales frente al incumplimiento. Su objetivo natural es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, acordada por las partes o decidida por el juez. No obstante, el carácter excepcional de la doctrina no tiene solo que ver con su desenlace, sino con sus requisitos de aplicación. Entre ellos, uno en el que no se insiste suficientemente y conforme al cual no hay lugar a la aplicación de la doctrina *rebus* (o cualquiera de sus equivalentes) cuando la parte contractual a la que perjudica la alteración de circunstancias asumió, expresa o implícitamente, el riesgo de la alteración o estaba en condiciones de anticiparla y de prevenirse frente a ella.

La crisis sanitaria causada por el virus SARS-CoV-2 puede considerarse imprevisible para todas las partes de contratos concluidos antes de la pandemia, pero que un evento posterior al contrato pueda afectar a su cumplimiento es algo que cualquier contratante que decide entrar en un intercambio de cierta complejidad debería anticipar. Al fin y al cabo, uno de los propósitos del contrato es la asignación de riesgos imprevisibles entre las partes del acuerdo. Para eso se contrata. Antes de acudir al cómodo expediente de la *rebus* y diluir el acuerdo en la imprevisibilidad habrá que ver si la parte a la que perjudican las nuevas circunstancias podía anticipar los efectos adversos de un suceso imprevisible, pero probable.

Las razones de esta crisis tienen, ciertamente, precedentes muy lejanos en nuestra historia, pero, por fortuna de unos pocos y desgracia del resto, la vida de los contratos ha transcurrido siempre entre guerras, desastres naturales, conflictos políticos y vaivenes de los mercados y es difícilmente justificable que un contratante experimentado acuda a la adaptación de sus obligaciones para paliar los efectos negativos que se producen por un infortunio que, con independencia de su causa, estaba en condiciones de incorporar a sus cálculos contractuales. La idea se incorpora, por ejemplo, en el artículo 79 del Convenio de Viena, pensada para un contexto -el del comercio internacional- muy sensible a alteraciones ajenas al contrato. El precepto exonera de responsabilidad a la parte que no puede cumplir por un «*impedimento ajeno a su voluntad*» pero solo *«si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias*».

El mismo requisito se incluye en las propuestas de regulación de la *rebus* a las que se ha hecho referencia. Todas suman al requisito de la imprevisibilidad el de la diligencia, conforme a la cual

«*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*» (artículo 6:111 PECL), o «*the risk of the event was not assumed by the disadvantaged party*» (artículo 6.2.2 PICC) y, en los mismos términos, las propuestas del III.-1:110 DCFR y 89 CESL («*the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances*»)

Convendría, por último, distinguir la *rebus* de los supuestos que suelen incluirse en la rúbrica de «desaparición sobrevenida del interés en el cumplimiento», que no suponen un incremento de los costes de cumplir o una devaluación del valor objetivo de la prestación esperada, sino la ausencia de un interés comercial o empresarial motivado por los cambios que la crisis ha provocado en el mercado.

En tales casos, el contratante que calló sobre sus propósitos y se ahorró el coste de asegurarlos no puede trasladar a la otra parte el riesgo de la imposibilidad de cumplirlos. Se trata, en definitiva, de distinguir los casos de *frustration* (los célebres casos de la coronación son el mejor ejemplo histórico de esa doctrina), de los supuestos de *commercial impracticability*, *hardship* o *rebus sic stantibus* (que se refieren a un incremento en los costes del cumplimiento que convierten en inasumible la prestación o la contraprestación).

Conviene insistir, de todos modos, en que no parece apropiado confiar a nuestros jueces y tribunales la solución de un problema que es general. Es revelador que no lo hayan hecho los ordenamientos europeos que disponen de normas generales sobre la *rebus* y que no han confiado en su aplicación generalizada para remediar los problemas contractuales causados por la crisis sanitaria. Urge seguir la estela de esos ordenamientos y el tiempo apremia.

Carlos Gómez Ligüerre

InDret
2.2020

Editorial

Minimizar desastres naturales

-

Imagínese un riesgo natural para la vida de 1.000 personas. Lamentablemente, no es difícil hacerlo en la situación actual de la pandemia del COVID-19. La pregunta es si quien no puede neutralizar plenamente ese riesgo tiene, no obstante, el deber de disminuirlo en la medida de sus posibilidades, reduciéndolo a 950 personas. En realidad, aquí no se trata de disminuir riesgos, sino de neutralizarlos: hay 1.000 riesgos de muerte, de los cuales 50 no son neutralizables, pero 950 sí. ¿Qué ocurre si, por imprudencia, el garante no interviene en el momento adecuado y más tarde sólo se neutralizan 930? ¿Y qué, si, cuando interviene el garante, lo hace defectuosamente, de modo que no se neutralizan más que 920? La respuesta parece clara: si, de haber actuado en el primer momento y haberlo hecho correctamente, se podía haber evitado 950 muertes y al final sólo se han evitado 920, entonces se es responsable por imprudencia de la muerte de treinta personas. Está claro. Pero resulta que el riesgo natural ha determinado que hayan fallecido ochenta personas...

El tema no es nuevo y tampoco es específico de la dogmática de la omisión. En realidad, salvo error por mi parte, se planteó en primer lugar en el marco de los llamados *toxic cases* del Derecho civil de daños norteamericano.[1] Uno de los supuestos de responsabilidad que se plantean en el marco de la actividad industrial es el de la incidencia de una determinada patología en una comarca, antes y después de la implantación de una fábrica que vierte residuos tóxicos al aire o al agua. Si la tasa en la comarca, para el período temporal del que se trate, antes era de 10 fallecidos por leucemia y después pasa a ser de 12, cabe llegar a la conclusión, dadas todas las demás circunstancias, de que la muerte de dos de ellos le es imputable a los directores de la fábrica. Pero de nuevo: ¿de qué dos de los 12 fallecidos se trata? La incertidumbre en este punto parece imposibilitar cualquier solución desde la perspectiva de una teoría de la responsabilidad. Es verdad que el Derecho civil, dada su apertura a la cuantificación, permite algunas soluciones, lo que no quiere decir que estas no sean discutibles. Así, por ejemplo, se puede sostener que las dos indemnizaciones correspondientes a esas dos muertes no individualizadas sean, en todo caso, abonadas por la empresa y que se distribuyan porcentualmente entre los doce afectados, de modo que a cada uno le corresponda 2/12, esto es, 1/6 de la cantidad que se pague. Es verdad que los dos que hayan sido realmente afectados, en lugar de recibir 6/6, recibirán 1/6, mientras que los otros 10, en lugar

[1] Cfr. un artículo, ya antiguo, sobre este tema: DELGADO, «Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs», *California Law Review*, (70), 1982, pp. 881 ss.

de recibir 0, reciben cada uno 1/6. Pero no se advierte una solución mejor si se tiene en cuenta que todos ellos fueron expuestos a riesgo por la actividad de la empresa y que no se sabe de qué dos sujetos concretos se trata.

En realidad, el caso se resuelve sobre la base del mismo criterio utilizado en supuestos de incertidumbre del causante, y no del dañado. Por ejemplo, cuando una persona se ve afectada en términos lesivos por un producto defectuoso, pero no se sabe por cuál de las empresas que fabrican esa clase de producto.[2] En casos así, una solución es la responsabilidad de las empresas en virtud de la cuota de mercado que posean (*market share*).[3] En el que ahora nos interesa, la solución comentada vendría a ser algo así como una indemnización en la medida de la cuota que se ostenta con respecto a la comunidad de víctimas. El criterio, no obstante, sigue siendo polémico y, aparentemente, minoritario.

¿Y qué hacer desde una perspectiva de Derecho penal? Los casos de indeterminación del causante, aunque se circunscriba el círculo de los causantes posibles, son muy problemáticos, pues la responsabilidad penal no es divisible. En el caso más importante en la actualidad, muy discutido en Italia, que es el de la asbestosis (enfermedad del amianto), no se alcanza a determinar su incidencia en la muerte de un trabajador concreto, como consecuencia de una determinada patología respiratoria.[4] En cambio, los supuestos de ausencia de individualización de las víctimas de un único causante — u omitente— responsable pueden tener vías de solución. En efecto, en los *toxic cases* de responsable único se constata: (i) que un determinado factor constituye un riesgo *ex ante*; (ii) su efecto de incremento del riesgo *ex post* con respecto a un conjunto de posibles víctimas; y (iii) incluso su efecto lesivo para un subconjunto numéricamente identificado dentro de aquél. Esto significa que el problema no es de causalidad. En casos como el que he planteado puede estar perfectamente claro que todas las muertes se deben al factor causal F. Asimismo, puede estar perfectamente claro que ese factor F es el que debía haber sido controlado, en la medida de sus posibilidades iniciales, por un garante. Y, en fin, que el garante no lo ha controlado en los términos que habría debido (de tiempo, de medidas concretas). De haberlo controlado debidamente, habría salvado 950 vidas sobre las 1000 expuestas al riesgo, en lugar de 920.

En estos casos se observa la importancia que tienen los métodos epidemiológicos, bastante denostados en Derecho penal como medios para la determinación de la responsabilidad por los resultados. Es cierto que la epidemiología informa básicamente de probabilidades. Indica que un concreto factor causal da lugar a que el número de fallecidos se incremente en un 1/100 o que una medida sanitaria produce una disminución de un 1/100. Pero cuando se considera todo el campo de sujetos afectados (la población, en sentido epidemiológico), puede llegar a informar efectivamente de resultados lesivos. Concretamente, indica que, de 101 fallecidos, uno se ha debido al factor causal en cuestión, o a la omisión de la medida sanitaria. Desde luego, para extraer consecuencias jurídicas de ello es necesario además que no exista duda sobre la imputación del factor causal, ni sobre la imputación de la omisión a un determinado garante.

El único problema es, entonces, la indeterminación de la identidad de las personas a las que habría salvado el garante si hubiera actuado en los exactos términos de su deber de cuidado. Algunos

---

[2] En el caso resuelto por el Tribunal Supremo de California el 20 de marzo de 1980: Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

[3] Cfr. las referencias en SALVADOR CODERCH, «Causalidad y responsabilidad (2a edición)», *InDret*, (3), 2002, p. 4.

[4] Una cuestión especialmente interesante es la relativa al efecto acelerador del proceso natural de producción de la muerte que puede tener la exposición a un determinado producto tóxico con origen en la actividad industrial de una empresa determinada. Sobre el problema, en general, de los aceleradores, cfr. Eric A. JOHNSON, «Cause-in-Fact After Burrage v. United States», *Florida Law Review*, (68), 2016, pp. 1727 ss., 1746 ss.

consideran que este problema es insuperable. Sin embargo, no está clara la razón por la que quien causa —o no evita— por imprudencia (igual que por dolo) un número de muertes de sujetos individualmente indeterminados tenga que recibir un trato distinto de aquél que ha producido el mismo número de muertos, ahora de identidad conocida.[5] Se dirá que no es cuestión de identidad nominal, sino de identidad corporal. ¿En qué cuerpos se ha causado o —en nuestro ejemplo— no evitado la muerte por imprudencia? En todo caso, a una teoría jurídica de la imputación objetiva de resultados no le incumbe esa precisión experimental. Por lo demás, en contextos catastróficos, siempre va a existir un desconocimiento de la concreta corporeidad de las personas que no fueron salvadas como consecuencia de la imprudencia de los responsables de hacerlo. Así, la tesis que deniegue la posibilidad de construir una responsabilidad jurídico- penal por resultados lesivos a víctimas con determinación numérica, pero sin identificación individual, tiene que asumir una consecuencia difícil de aceptar. A saber, que en tales contextos no puede existir responsabilidad por las omisiones imprudentes de evitación de resultados de muerte. Expresado de otro modo, si no se evita la muerte de una persona, se responde. Si, sobre un campo de mil personas, no se evita la muerte de 950, sino sólo de 920, no se responde. En cierto modo, esta —a mi juicio— inaceptable conclusión recuerda aquella frase que se atribuye a Stalin, y en relación con la cual todo el mundo se rasga (con razón) las vestiduras: que un muerto es una tragedia y un millón, una estadística.

Jesús-María Silva Sánchez

[5] La discusión italiana sobre estos temas nos lleva años (por no decir décadas) de ventaja. Fundamentales MASERA, «Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale», *Diritto penale contemporaneo*, (3-4), 2014, pp. 355 ss.; ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, 2018. Ya MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica in diritto penale*, 2007, planteando la posibilidad de recurrir a la determinación alternativa (*Wahlfeststellung*). Ambos, con múltiples referencias.

InDret
2.2020

Editorial

Un pequeño e insuficiente paso en el reconocimiento del grado en Criminología

-

I. Los hechos

El Periódico de Cataluña, en su edición del pasado día 7 de abril de 2020, publica la siguiente noticia:

> *Las cárceles catalanas buscan personal "con urgencia"*
>
> *La Generalitat necesita psicólogos, educadores y trabajadores sociales para todas las prisiones de Catalunya*

En la noticia, el periódico se hace eco de la oferta de empleo público publicada por la Generalitat (ref. núm. JUS/134/2020):

> En medio de la crisis sanitaria por el coronavirus, la Conselleria de Justícia de la Generalitat de Catalunya ha iniciado un proceso de selección para "cubrir con urgencia" sustituciones de personal de tratamiento de las prisiones y centros educativos de la Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima.
>
> En un tuit recogido por Europa Press, la 'conselleria' ha explicado este martes que *buscan psicólogos, educadores y trabajadores sociales*, y la convocatoria detalla que las vacantes son para todas las prisiones de Catalunya (énfasis añadido).

Esta noticia generó una lógica reacción negativa en el seno del Colegio de Criminólogos de Cataluña, que publicó una nota en su página web quejándose de que dicha oferta pública de trabajo en los centros penitenciarios y educativos de menores no hiciera referencia al colectivo de graduados en criminología, como profesionales con suficientes competencias para desarrollar su actividad en dichos centros (vid. http://www.criminolegs.cat/web/noticies/els-criminolegs-i-criminologues-volen-ajudar-en-la-crisi-del-covid-19).

Paralelamente, la Generalitat publicó una segunda oferta de empleo público (ref. JUS130-2020), demandando personal técnico superior para la *Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima del Departament de Justícia*, que entre otras funciones debería:

– Revisar, evaluar y resolver propuestas de clasificación en grado de tratamiento, de permisos de salida y destino de los internos/as en los centros penitenciarios de Cataluña.

– Realizar tareas para la evaluación, diseño e implementación de programas de rehabilitación para los centros penitenciarios de Cataluña.

– Realizar el seguimiento de casos, evaluando las variables criminológicas y el riesgo (especialmente los casos que estén en régimen de vida 86.4).

En esta segunda oferta de trabajo, a diferencia de la primera, se admitían la titulación de todos los grados universitarios, y se establecía una prioridad para los graduados en Derecho o Criminología.

II. El título no hace al profesional

Los graduados en Criminología siguen encontrándose con los mismos obstáculos de siempre: allí donde "el nombre hace la cosa" se encuentran con las puertas cerradas porque no forman parte del "gremio correcto", que acostumbra a limitarse a psicólogos, educadores, trabajadores sociales, y juristas. Es hora de reclamar que en las ofertas públicas de trabajo en los centros penitenciarios y educativos de menores, o bien se incluyen a los criminólogos, o bien se evalúa a los candidatos por su capacidad para realizar determinadas tareas y desarrollar determinadas competencias.

No se acierta a comprender por qué se excluye a los criminólogos de la realización de tareas, como la de, por ejemplo, "ejecutar y evaluar programas de prevención de conductas problemáticas especialmente vinculadas con la actividad delictiva". Y más, cuando se comprueba su similitud, con las competencias que se demandan en la segunda oferta, en la que los criminólogos son graduados prioritarios. No creemos que sea correcto que en un país en el que el Gobierno y las instituciones educativas han decidido que tiene pleno sentido un Grado en Criminología, luego no permita que estos compitan en igualdad de condiciones con otros profesionales.

Ante ello debemos, una vez más, reclamar de nuestras instituciones públicas que superen la lógica medieval gremial y busquen los mejores profesionales, formados específicamente para desarrollar numerosas de las tareas que se llevan a cabo en prisiones y centros de menores. Un profesional adecuado no se define por su nombre (sea este Criminólogo, Psicólogo, Educador, etc.), se define por sus competencias y habilidades (al menos esto es lo que todas las instituciones pedagógicas de nuestro país lleva años diciéndonos y exigiéndonos). Allí donde se especifiquen unas determinadas competencias, relacionadas con la gestión de los conflictos sociales y la delincuencia, estamos convencidos de que un graduado en Criminología está en condiciones (como mínimo de igualdad) para competir con otros profesionales. Y debería poder demostrarlo.

Nos alegramos pues que en una reciente oferta pública de empleo se considere, según hemos visto, a estos graduados de forma prioritaria. Y entendemos que ello supone un paso adelante en el reconocimiento del grado de Criminología en nuestro país. Como tal hay que saludarlo, pero es todavía un avance insuficiente.

Los tiempos que vivimos nos obligan aún más a no dilapidar un bien esencial como es la formación universitaria. En las universidades españolas llevamos años (como Grado específico desde 2009) formando a buenos profesionales en la gestión de los conflictos sociales y la delincuencia: es el turno de las instituciones públicas de darles la oportunidad que merecen.

Elena Larrauri
Daniel Varona

InDret
2.2020

Smart contracts o *Code is Law*: soluciones legales para la robotización contractual

Cristina Argelich Comelles
Universidad de Cádiz
-

Sumario

-

El presente trabajo ofrece soluciones a los problemas jurídicos que plantean los smart contracts, *por tratarse de cláusulas contractuales autoimplementadas en un código informático que autoejecuta su contenido. Estos versan sobre su discutida naturaleza jurídica, la adhesión del consumidor 2.0 mediante* Blockchain, *su personalización con* Ethereum, *los errores de programación y la responsabilidad civil, la protección y encriptación de datos de carácter personal, y la formación y ejecución del contrato. Las dificultades que plantean los* smart contracts *requieren de una regulación europea, inspirada en las legislaciones existentes en algunos territorios de los Estados Unidos y Francia, así como en los estudios formulados en el ámbito de UNIDROIT y la CNUDMI.*

Abstract

-

This paper suggests legal remedies for smart contracts, based on a code that self-implement contractual clauses to self-execute its content. These problems refer to its legal nature, the adhesion of adprosumer through Blockchain, the personalization of smart contracts with Ethereum, programming errors and civil liability, protection and encryption of personal data, and contract formation and execution. All these difficulties need an EU Law inspired in US Law, French Law and in studies in the field of UNIDROIT and UNCITRAL.

Title: *Smart contracts or Code is Law: legal remedies for contractual robotization*

-

Palabras clave: contratos inteligentes, tecnología *blockchain*, Derecho de contratos, autoimplementación, responsabilidad civil, Internet de las cosas.
Keywords: *smart contracts, blockchain technology, Contract Law, self-implementation, civil liability, Internet of Things.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.01

InDret

2.2020

Recepción
27/11/2019
-
Aceptación
10/2/2020
-

Índice

-

1. Consideraciones previas sobre los* smart contracts *y su desregulación
2. La conceptuación de los* smart contracts*: acerca de su naturaleza jurídica
2.1. *Smart contracts in the books:* aplicación acrítica del código informático a un contrato vs. ámbito material de aplicación
2.2. Críticas al concepto de *smart contract* y reafirmación de su naturaleza contractual
2.3. *Smart contracts in action* y *M2M contracts*
***3. Tecnología* blockchain*: la adhesión contractual mediante* Blockchain *y la personalización con* Ethereum**
3.1. El *adprosumer* o consumidor 2.0 y los *smart contracts*
3.2. La plataforma *Blockchain* y el papel del registro distribuido en la adhesión contractual
3.3. La plataforma *Ethereum* o la *blockchain* de los *smart contracts* personalizados: un *"Smart Contract Inventor"* y la iconificación de las prestaciones
4. Errores de programación, responsabilidad civil objetiva y protección de datos de carácter personal
***5. La formación y la ejecución de los* smart contracts: autoimplementación y autoejecución**
5.1. La formación y la ejecución del contrato: tratamiento de la invalidez y la ineficacia en sentido estricto
5.2. La automatización de los remedios: algunas limitaciones por razón del objeto, y el papel del *Internet of Things* y la Tokenización
6. Conclusiones
7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Consideraciones previas sobre los smart contracts y su desregulación*

"Lex ex machina" o el "Derecho desde la máquina" sería la expresión metafórica de lo que entrañan los *smart contracts* o contratos inteligentes: la "robotización" de la formación y ejecución del contrato en un contexto de digitalización. Los *smart contracts* van más allá de la informatización del contrato producida por el comercio electrónico porque, una vez perfeccionado el contrato, automatizan la fase de ejecución. Este nuevo paradigma reserva al Derecho un papel que le es impropio, si consideramos la necesaria tarea interpretativa para aplicarlo al caso concreto. Asimismo, se alteran las bases de la contratación tradicional, porque se sustituye la confianza en la contraparte y su solvencia en favor de un código informático, que mecaniza las prestaciones y su *enforcement* al margen de la jurisdicción, reforzando el papel de la *self-help* o remedios privados para adaptar el contrato o desvincularse.

En este contexto, el legislador no tiene otra opción que afrontar las consecuencias de la digitalización que se está produciendo en la contratación, cuyos inconvenientes desarrollaremos a lo largo de este trabajo, pues lo contrario aboca a quienes utilicen los *smart contracts* a la inseguridad jurídica y los abusos, especialmente en la negociación con consumidores. Actualmente, algunos Estados[1] de los Estados Unidos –a la espera de una regulación federal[2] (DEWEY, 2019) y de otros Estados[3] que la han proyectado–, y algunos estados del ámbito europeo[4], como Francia, Malta y Mónaco, entre otros, han legislado sobre *blockchain* y *smart contracts*. Por

* Autor de contacto: *Cristina Argelich Comelles, cristina.argelich@uca.es*.

[1] Los Estados se refieren cronológicamente a Vermont, Nevada, Delaware y Arizona. El 6 de febrero de 2016, Vermont aprobó la *Bill Status H.868* (https://legislature.vermont.gov/statutes/section/12/081/01913), que en el § 1913 regula el uso de la tecnología *blockchain*. DEMCHENKO (2018, p. 47). GILCREST (2018, pp. 1-5). El 5 de junio de 2017, Nevada reguló el uso de la tecnología *blockchain* en la *Senate Bill Nº. 398: Establishes various provisions relating to the use of blockchain technology* (https://legiscan.com/NV/text/SB398/id/1626453), y que modificaba el *Uniform Electronic Transactions Act*. HYMAN (2017, pp. 13-17). El 21 de julio de 2017, Delaware aprobó la *Senate Bill 69: An Act To Amend Title 8 Of The Delaware Code Relating To The General Corporation Law* (https://legiscan.com/DE/text/SB69/2017). Finalmente, el 3 de abril de 2018, Arizona aprobó la *House Bill 2603: Corporations; blockchain technology* (https://legiscan.com/AZ/text/HB2603/id/1718691).

[2] Se ha planteado en la propuesta de *Blockchain Promotion Act of 2018* (https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/6913/text?format=txt).

[3] Véanse cronológicamente Maine, con el Legislative Document No. 950, Senate, To Study Using Blockchain Technology in Conjunction with Paper Ballots in Maine Elections (http://www.mainelegislature.org/legis/bills/getPDF.asp?paper=SP0305&item=1&snum=128), Illinois, con la House Joint Resolution 25 (http://www.ilga.gov/legislation/100/HJR/PDF/10000HJ0025lv.pdf), Hawaii, con la Bill for an Act relating to economic development (https://www.capitol.hawaii.gov/session2017/bills/HB1481_HD1_.htm), y Arizona, con la House Bill 2216 an Act amending title 13, chapter 31, Arizona revised statutes, by adding section 13-3122; relating to firearms (https://apps.azleg.gov/BillStatus/GetDocumentPdf/453206).

[4] (PERCHET, 2019). Véase el Décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons, JORF de 27.12.2018 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037852460).

su parte, otros Estados como Canadá[5] (DRUZETA, 2019), Suiza[6] (HAEBERLI, 2019), Singapur[7] (CIAMBELLA, 2019), Gibraltar[8] (GARCIA, 2019), Rusia[9] (STRIZH, 2019), y Estonia[10] (LATT, 2019) están planteando regulaciones en materia de *blockchain*. Fundamentalmente, pretenden hacer frente al blanqueo de capitales que se produce a través de las criptomonedas[11] (BORG, 2019), en atención a los 22 millones de *traders*[12] que existen a nivel mundial, las transacciones que se realizan en cajeros[13] automáticos de criptomonedas, y una futura *criptotarjeta*[14] que van a lanzar al mercado *Visa* y *Coinbase* (FINANCIAL TIMES, 2019). Una regulación en este ámbito permitiría evitar un *"shadow contracting"* o una contratación al margen del Derecho, ejecutada por quienes no se encuentren bajo supervisión, como sucede con las *Fintech*, que operan al margen de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV, 2019). En este sentido, ya señaló (CNMV, 2018) en relación con las *Initial Coin Offering* u oferta inicial de moneda que "no puede excluirse la posibilidad del registro de derechos que puedan tener la consideración de valor negociable a través de la tecnología DLT *(blockchain)*". Ello abrió la puerta a la emisión de obligaciones o acciones de una sociedad representadas en *Tokens*, con el carácter de *Security Token* y exentas de control, conforme al art. 35 apartados segundo y tercero del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE nº 255, de 24.10.2015).

Si el uso de la tecnología *blockchain* y su desregulación está ocasionando estos desajustes, la pronta extensión de los *smart contracts* a la contratación en masa va a requerir de una regulación a nivel europeo adaptada al mercado de crédito (GRUNDMANN, 2017, pp. 255-293; MARSH, 2019), que creemos que debería abordarse mediante un Reglamento que garantice su uniformidad en todos los Estados de la Unión. En este sentido, el *EU Blockchain Observatory and Forum,* perteneciente a la Comisión Europea, emitió un Informe (EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, 2019) denominado *"Legal and Regulatory Framework of blockchains and smart contracts"*. En sus conclusiones, formuló una serie de recomendaciones que una regulación europea debería

---

[5] En este sentido, el pasado 15 de marzo de 2019, la *Canadian Securities Administrators* (CSA) y *the Investment Industry Regulatory Organization of Canada* propusieron una regulación para criptomonedas y blockchain conocida como *Consultation Paper 21-402 Proposed Framework for Crypto-Asset Trading Platforms* (https://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category2/csa_20190314_21-402_crypto-asset-trading-platforms.pdf).

[6] El Gobierno suizo ha abierto un periodo de consultas para mejorar la regulación de la tecnología *blockchain*. Véase la nota de prensa oficial (https://www.efd.admin.ch/efd/en/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-74420.html).

[7] La *Monetary Authority of Singapore* está trabajando en una regulación sobre *blockchain* y criptomonedas (https://thetokenist.io/monetary-authority-of-singapore-to-introduce-a-regulatory-framework-for-cryptocurrency-exchanges/).

[8] La *Gibraltar Financial Services Commission's* está proyectando una regulación respecto de *blockchain* en relación con la normativa que ya tienen las DLT.

[9] Desde el 1 de marzo de 2019, el Ministerio de desarrollo económico está impulsando una regulación sobre *blockchain* (https://tass.ru/ekonomika/6175089).

[10] La *Estonian Financial Supervisory Authority* ha publicado una guía para los usuarios de ICOs para regular la venta de *Tokens*.

[11] Sobre el funcionamiento de la tecnología *blockchain* y las criptomonedas, atiéndanse GONZÁLEZ-MENESES (2019, pp. 12-219) y LEGERÉN (2019, pp. 177-237).

[12] Sobre el ranquin mundial, encabezado por Estados Unidos, Japón y Korea, véase la siguiente explicación (https://bitcoin.es/actualidad/japon-segundo-pais-con-mas-cripto-traders-en-el-mundo/).

[13] *Bitcoin* dispone de unos cajeros automáticos para realizar transacciones con esta criptomoneda, e incluso permite ingresar efectivo para convertir el saldo en la criptomoneda, lo que puede servir como vía para el blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas.

[14] *Visa* y *Coinbase* pretenden lanzar al mercado una *criptotarjeta,* es decir, una tarjeta de débito financiada con criptomonedas, con un límite de gasto de 10.000 libras mensuales, que puede aumentar hasta 20.000, sin que de momento hayan garantizado que se va a impedir el blanqueo de capitales con este medio de pago.

atender: crear definiciones simples y útiles de la tecnología *blockchain* en el seno de la Unión; comunicar las interpretaciones legales a los diferentes Estados Miembros; escoger la normativa adecuada en función de la aplicación material de la tecnología *blockchain*; armonizar la normativa y sus interpretaciones; ayudar a los legisladores y operadores jurídicos en la comprensión de la tecnología *blockchain;* centrar la regulación normativa en los casos de uso de la tecnología *blockchain* de alto impacto; alentar la autorregulación y monitorizar la evolución de los usos de *blockchain* minoritarios; y, finalmente, hacer uso de la tecnología *blockchain* como herramienta reguladora, al igual que las plataformas *peer-to-peer* o P2P realizan mediante los mecanismos reputacionales.

Por ahora, el marco normativo español aplicable a los *smart contracts* serán las disposiciones del Código Civil, la normativa relativa al comercio electrónico[15], firma electrónica[16] y dinero electrónico[17], así como la legislación de consumo[18], teniendo en cuenta que los contratos inteligentes parten de una igualdad formal (SAVELYEV, 2017, p. 16) que habrá que armonizar. En el ámbito internacional, debemos referirnos a la normativa sobre comercio internacional de mercancías, que ampara legalmente el uso de los *smart contracts*: en concreto, el art. 12 de la *United*[19] *Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005* dispone el uso de sistemas de mensajes automatizados para la formación de contratos; por otra parte, el art. 6 de la *UNCITRAL*[20] *Model Law on Electronic Transferable Records* reconoce la posibilidad de insertar en un registro electrónico transferible la información contractual, incluyendo los metadatos. Por todo ello, resulta especialmente relevante la actividad que se está desarrollando en el ámbito de UNIDROIT[21] y la CNUDMI[22] –conocida internacionalmente como UNCITRAL–, porque puede inspirar la actividad legislativa de la Unión en un futuro.

UNIDROIT materializó prospectivamente en el *Work*[23] *Programme for the triennial period 2017-2019* (UNIDROIT, 2017), a petición de Hungría[24] y Chequia[25], el estudio de un marco legislativo

[15] Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE nº 166, de 12.7.2002).

[16] Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE nº 304, de 20.12.2003).

[17] Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (BOE nº 179, de 27.7.2011).

[18] Contenida en las sucesivas reformas del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007).

[19] *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005* (https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf).

[20] *UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records* (https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf).

[21] Acrónimo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

[22] Acrónimo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

[23] Esta propuesta se sometió a la atención de la Asamblea General en su 75º período de sesiones (Roma, 1.12.2016) y posteriormente al Consejo de Administración en su 96º período de sesiones (Roma, 10.5.2016-12.5.2016), durante la cual el Consejo de Administración concluyó que la Secretaría debería continuar siguiendo los desarrollos a este respecto.

[24] En el año 2015, el Ministerio de Justicia de Hungría envió una propuesta a la Secretaría de UNIDROIT para que tomase en consideración el desarrollo de un marco legislativo para las plataformas de servicios, los servicios de software, los servicios de hardware, las bases de datos y la computación en la nube.

[25] En noviembre de 2016, el Ministerio de Industria y Comercio de la República Checa envió a la Secretaría de UNIDROIT una propuesta para incluir dos temas principales en el Programa de Trabajo: tecnología *blockchain* y la herencia de propiedades digitales. Al recibir la Nota verbal de la Secretaría del 18 de junio de 2018 en la que se solicitaban propuestas para el Programa de trabajo 2020-2022, la República Checa presentó una segunda propuesta a UNIDROIT, reiterando las propuestas anteriores y expresando la necesidad de evaluar lo que sería una distribución justa de los derechos y obligaciones en contratos relacionados con productos y servicios inteligentes, es decir, los *smart contracts* y el IoT, y para redactar normas marco al efecto.

para los *smart contracts,* la tecnología *blockchain* y las plataformas de servicios, así como los *digital assets* o bienes digitales. Igualmente, la CNUDMI recibió una Nota, denominada *Legal aspects of smart contracts and artificial intelligence* (UNCITRAL, 2018, pp. 1-4), por parte del Gobierno de Chequia[26]. En ella, se abordaban los aspectos legales de los *smart contracts* y la inteligencia artificial o IA, y se examinaba la conveniencia de controlar su regulación. A raíz de esta propuesta, la CNUDMI acordó[27] recabar información respecto de las cuestiones jurídicas de la economía digital mediante reuniones de expertos. Sin embargo, Chequia aludió que el conocimiento de estas disposiciones parece limitado, y que las prácticas comerciales emergentes requieren de la reformulación de las disposiciones vigentes. Estas modificaciones fueron consideradas académicamente en el *Congress of the United Nations Commission on International Trade Law 2017* (UNCITRAL, 2017). La propuesta elaborada por el Gobierno de Chequia, que tanto UNIDROIT como la CNUDMI recibieron, ha cristalizado en el *Draft Triennial Work Programme 2020-2022* (UNIDROIT, 2019, pp. 19-20) del *Governing Council* de UNIDROIT. En él, se prevé un *Joint Workshop*[28] sobre los aspectos legales de los *smart contracts,* la inteligencia artificial y la *Distributed Ledger Technology*[29] o DLT (CIEPLAK, 2017, pp. 417-427), como tecnología de registro distribuido donde se encuentra circunscrita la tecnología *blockchain*[30]. Sus conclusiones serán consideradas en el próximo *Governing Council* de mayo de 2020, para elaborar la versión definitiva del *Triennal Work Programme 2020-2022,* lo que puede servir de base para una regulación a nivel europeo. Asimismo, a nivel global, la Organización Mundial del Comercio (GANNE, 2018, pp. 127-129) también ha destacado la oportunidad para el tráfico mercantil internacional de la aplicación de la tecnología *blockchain*, por su eficiencia y seguridad, así como la reducción del fraude en las transacciones, la mejora de la gestión de los derechos de propiedad intelectual, el perfeccionamiento de la rastreabilidad y el aumento de la confianza en las cadenas de valor. Finalmente, el secretario general de Naciones Unidas, Antonio Guterres, ha afirmado en el mes de diciembre (FORBES, 2019) que dicha organización debe acoger el uso de la tecnología *blockchain* para acelerar el alcance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Para concluir con estas reflexiones iniciales, debemos indicar que la ausencia de una ordenación específica de los *smart contracts* ocasiona disfunciones, que derivan de tener que traducir al lenguaje informático cláusulas contractuales, o lo que es lo mismo, aplicar en la práctica el *"From Law to Code"*. El Derecho no siempre puede condensarse en un código informático, porque su automaticidad impide atender determinados elementos: los que requieran de una valoración

---

[26] La República Checa presentó una propuesta a la Secretaría de la CNUDMI solicitando que controlase la prospectiva regulación de los contratos inteligentes y la inteligencia artificial, y que informase a la Comisión sobre las áreas que podrían requerir un tratamiento legal uniforme.

[27] El acuerdo está contenido en las actas del 51º periodo de sesiones (Nueva York, 25.6.2018-13.07.2018) (http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/51st.html).

[28] Joint Workshop on the legal issues arising from the use of Smart Contracts, Artificial Intelligence and Distributed Ledger Technology (https://www.unidroit.org/89-news-and-events/2609-uncitral-unidroit-workshop-on-smart-contracts-artificial-intelligence-and-distributed-ledger-technology?fbclid=IwAR2JmVfX8snY12AdNKUhiGjXKpmr5-e7JUvs4LVm8XkhYHIxqOUPju0e5RI).

[29] Es un protocolo informático que puede tener carácter público, para que cualquier usuario pueda añadir bloques o leer lo registrado, carácter privado, para que solamente accedan sus miembros, o cadenas semipúblicas. Esta base de datos única guarda todos los nodos, que registran todas las modificaciones realizadas.

[30] En relación con la tecnología *blockchain*, véase *infra* apartado 3. En OCARIZ (2018, pp. 90-155) puede encontrarse una explicación técnica de esta tecnología, formulada a modo de aproximación técnica en el presente trabajo. ARRUÑADA (2018, pp. 55-105). BÖHME (2015, pp. 213-238). Para un examen de esta tecnología desde un análisis económico, véanse ALI (2018, pp. 1676-1717) y ABADI (2019, pp. 1-53). Sobre este extremo, ECHEBARRÍA (2017, pp. 70-79) expone que la identificación de los contratos inteligentes con la tecnología *blockchain* ha generalizado su uso, y que esta tecnología permite programar pagos sin intervención humana.

subjetiva[31]; los que atiendan a sujetos o conceptos[32] tasados en la normativa o en la jurisprudencia; y los supuestos que originen responsabilidad civil (JOHNSON, 2017, pp. 73-78) o su exoneración por caso fortuito o fuerza mayor (WERBACH, 2017, p. 367), conforme al art. 1105 CC. Hasta la llegada de una regulación completa de esta materia, la igualdad material de las partes deberá encomendarse a una adecuada programación. Por ello, una regulación clara evitaría problemas en la aplicación de los *smart contracts*, por su novedad y por la ausencia –al menos teórica, como veremos– de una jurisdicción que reequilibre la asimetría negocial y mitigue los resultados inadecuados, derivados del automatismo del código informático. Estos retos pendientes de abordar se refieren principalmente a la personalización del contrato, los errores de programación y la responsabilidad civil, la protección y encriptación de datos de carácter personal, así como la invalidez e ineficacia en sentido estricto, y examinaremos sus desajustes a lo largo de los siguientes apartados.

2. La conceptuación de los *smart contracts*: acerca de su naturaleza jurídica

2.1. *Smart contracts in the books: aplicación acrítica del código informático a un contrato vs. ámbito material de aplicación*

Con el surgimiento del ciberespacio, en un primer momento se acuñó (LESSIG, 1999, pp. 5-20) la expresión *"Code is Law"*, en el sentido que la tecnología puede operar sin una normativa que ampare dicha actuación. Esta es la idea subyacente al término *smart contract* (SZABO, 1996), que fue acuñado como el código o protocolo informático que expresa el conjunto de cláusulas contractuales o pactos que suscriben las partes[33]. Estos pactos se incorporan en el *hardware* y el *software* para automatizar las prestaciones de las partes, o en su caso los remedios de adaptación o desvinculación. Este contrato opera prescindiendo de la confianza (RASKIN, 2017, pp. 1-37; WERBACH, 2017, pp. 313-382; MIK, 2017, pp. 269-300) y de cualquier exigencia económica, en particular, la solvencia. En su concepción inicial, estos contratos estaban configurados para funcionar al margen del Derecho, e incluso se planteó su sustitución mediante un sistema alternativo y su propia criptomoneda, el *Bitcoin*. Por todo, y conforme a este concepto[34], podemos distinguir (STARK, 2016) entre los *smart code contracts,* que son jurídicamente irrelevantes por tratarse de una mera secuencia de código informático, y los *smart legal contracts*, que sirven para el intercambio de prestaciones y a los que en adelante denominaremos *smart contracts,* por economía lingüística.

No obstante, como es bien sabido, las utopías no suelen prosperar cuando se implementan. En un plano teórico, que un contrato funcione sin Derecho puede resultar atractivo, porque reduce tiempo y costes, pero los abusos quedan sin tratamiento legal. Ello conduciría a especie de

---

[31] PUTERBAUGH (2017, pp. 24-26). LEGERÉN (2018, pp. 201-205) dedica una extensa explicación a la imposibilidad de que los contratos inteligentes sean *omnicomprensivos,* aunque deberemos atender a la evolución del IoT para identificar el alcance de esta restricción material.

[32] Como sujetos podemos encontrar el parámetro de consumidor medio, el consumidor experto, el consumidor vulnerable, así como estándares de conducta como la diligencia debida o comportamientos informados por conceptos jurídicos indeterminados o poco concisos, como la buena fe o el interés superior del menor.

[33] Detalla que un *smart contract* es "a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises. The basic idea of smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as liens, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher".

[34] Atiéndanse también VILALTA (2019, pp. 126-152) y TUR (2018, pp. 55-56).

"anarquía contractual", inadecuada a todas luces, especialmente para el reequilibrio de la asimetría negocial. La pretensión inicial de crear un contrato que opere al margen del Derecho se desvanece cuando se aplica en la práctica pues, aunque el *smart contract* permita ahorrar los costes de transacción, abarate la contratación y el coste de las vicisitudes contractuales, requiere del Derecho para aplicarlo al caso concreto y subsanar los resultados inadecuados derivados de la programación. Por tanto, debemos precisar su orientación inicial, advirtiendo que la tarea del programador únicamente consiste en codificar las prestaciones del contrato, conforme al Derecho vigente, para su automatización.

Deus ex machina es la expresión latina por la cual en el teatro griego y romano se introducía el intérprete de una deidad para resolver una situación. El Derecho no ofrece soluciones milagrosas, y los *smart contracts* o también llamados *contracts ex machina* (WERBACH, 2017, pp. 313-382) tampoco, aunque pueda parecerlo por la automatización. El código informático no atiende a la adecuación material de los resultados programados, esto es, solamente podrá operar correctamente cuando hablemos de defectos intrínsecos al contrato, es decir, los supuestos de invalidez. Sin una programación muy exhaustiva, es difícil que los resultados automatizados sean igual de adecuados cuando estamos ante supuestos de ineficacia en sentido estricto, porque los elementos extrínsecos al contrato escapan a su control, y para que el código funcione correctamente deben estar previstas todas las eventualidades. En definitiva, podemos convenir que prescindir del Derecho se convertiría, por absurdo, en un *"In Code we trust"* (WALCH, 2018, pp. 4-27; CHENWEI, 2004, pp. 585-610) o una confianza ciega en los *coders* o programadores, lo que supondría aceptar acríticamente la ejecución del código informático. Sobre la inoperancia de esta ejecución acrítica del código volveremos más adelante, en relación con los errores de programación[35], adelantando la conveniencia de aplicar las instituciones jurídicas que nos permitan enmendar sus disfunciones. Entre estos instrumentos encontramos las soluciones frente la invalidez o ineficacia contractual, es decir, todo aquello que afecta a la formación y ejecución del contrato, así como la capacidad, legitimación, interpretación y afectación a terceros. Por todo ello, podemos afirmar que no es posible prescindir[36] de la intervención humana aun cuando se haya "robotizado" el contrato, especialmente en los *Machine to Machine contracts*[37].

Respecto del ámbito material de aplicación de los *smart contracts,* actualmente tienen una especial relevancia en el entorno financiero (TAPSCOTT, 2016, p. 103). Presentan una importancia creciente en las *Fintech* o servicios financieros complementarios adscritos a determinados sitios web, las herramientas de operación y medios de pago a través de Internet, el cruce de datos personales mediante el *Big Data,* los medios digitales para la identificación de personas como la firma digital, los medios de pago electrónico, así como el dinero electrónico. En el ámbito financiero, deberá prestarse una especial atención, por los motivos aludidos anteriormente, a la combinación[38] de instrumentos no financieros en forma de contratos bancarios celebrados con

[35] Véase *infra* apartado 4.

[36] SALVADOR (2018, p. 3) sostiene con acierto que prescindir de la intervención humana es un invento viejo, por el ahorro de los costes de transacción, el abaratamiento de la contratación y las vicisitudes contractuales, pero que las cuestiones inherentes a la contratación permanecen. LEGERÉN (2018, pp. 200-205) dedica una extensa explicación a señalar las dos consecuencias que tiene el automatismo en los contratos inteligentes: la innecesaridad de intervención humana en su ejecución, un aspecto que ya hemos matizado respecto de la ineficacia en sentido estricto, así como que el potencial ámbito de aplicación de este tipo de contratos no es omnicomprensivo.

[37] Véase *infra* apartado 2.3.

[38] ARGELICH (2019, p. 21): "en el caso de la comercialización de un instrumento no financiero, por ejemplo, un préstamo hipotecario, combinado con un instrumento financiero, como los *swaps*, deberán aplicarse igualmente estos controles

consumidores, con instrumentos financieros destinados a inversores, que ya prevén para los *smart contracts* algunas entidades financieras[39]. Así, encontramos las denominadas *equity swaps*[40] y otros instrumentos financieros comercializados indebidamente con consumidores[41], préstamos con claves de acceso a fondos que tienen eficacia revocatoria por la falta de pago del deudor[42], e incluso su aplicación a letras de cambio[43]. Respecto del tráfico mercantil, los *smart contracts* tienen un papel destacado en las Organizaciones Autónomas Descentralizadas o DAOs, que se refieren a nuevas modalidades empresariales en las que la relación entre los diferentes entes participantes se rige por un *smart contract* complejo, programado con la tecnología *blockchain*. De esta manera, la toma de decisiones en la sociedad se encuentra tan formalizada que se puede ejecutar automáticamente y *on-chain,* por tanto, en forma de registro distribuido para que las partes implicadas no puedan modificarlo. Su naturaleza jurídica empresarial se encuentra cuestionada (EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, 2019) porque las DAOs operan en una *blockchain* no permisionada, de manera que su número y los protocolos de Gobernanza cambian continuamente, y los nodos maestros no se encuentran identificados; estas características afectan al alcance de la responsabilidad por errores en la programación de la *blockchain* y a los contratos que la integran. Asimismo, los *smart contracts* también tienen un rol destacado en el comercio internacional, y en el comercio de bienes de consumo vinculados al *Internet of Things*[44] o IoT.

Otras instituciones (LEGERÉN, 2018, p. 207) de Derecho civil también pueden instrumentarse mediante la tecnología *blockchain* y los *smart contracts*, aunque con cautelas para evitar los abusos por su desregulación[45]. En este sentido, encontramos los depósitos en garantía, la

---

porque se comercializan a consumidores y, sobretodo, porque la conducta del empresario es calificable de práctica comercial desleal. Este último es uno de los elementos que, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puede utilizarse para apreciar la abusividad en las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor".

[39] Véase en este sentido el estudio realizado el 29 de marzo de 2016 por *BNP Paribas* sobre la aplicación de los *smart contracts* (https://news.bitcoin.com/bnp-paribas-smart-contracts-legal-code/).

[40] Se trata de un instrumento financiero derivado *Over the Coulter* u OTC, es decir, no compensado, conforme al cual se intercambian los rendimientos de una cartera por unos tipos de interés, es decir, se constituye una opción de compra futura de un valor a un precio determinado pactado por las partes fuera del mercado. En este sentido, véase el test realizado en noviembre de 2017 por las entidades financieras *JP Morgan* y *Credit Suisse* mediante un *smart contract* para realizar una *equity swap*, que comprendía servicios postventa, como por ejemplo la adquisición de acciones corporativas o transferencias de pago (https://www.businessinsider.com/jpmorgan-citi-credit-suisse-test-distributed-ledger-technology-solution-2017-11?IR=T).

[41] En este sentido, encontramos también la deuda subordinada y las participaciones preferentes. ARGELICH (2019, p. 15): "en junio de 2018 se presentaron en el Parlamento Europeo cuatro informes titulados *Mis-selling of Financial Products,* en los que se analiza la *Marketing Sale and Distribution* o comercialización de productos financieros, la *Subordinated Debt and Self-placement* o comercialización de productos híbridos por cuenta propia, y los informes relativos al *Consumer Credit* o crédito al consumo y a *Mortgage Credit* o crédito hipotecario. Estos estudios constatan varios fraudes en la contratación con consumidores, entre los que destacan la comercialización indebida de participaciones preferentes y los abusos en los préstamos hipotecarios, especialmente en las cláusulas suelo y las cláusulas relativas a los gastos hipotecarios".

[42] LEGERÉN (2018, p. 206) explica que el software permitirá incluso la solicitud de garantías adicionales en caso de disminución del valor de la garantía. En este sentido, consideramos que va a necesitar una adaptación en el caso de la contratación con consumidores, para evitar abusos.

[43] En agosto de 2016, el *Bank of America*, *Merrill Lynch, HSBC* e *Infocomm Development Authority* de Singapur aplicaron la tecnología *blockchain* a esta transacción (https://www.ida.gov.sg/About-Us/Newsroom/Media-Releases/2016/BofAML-HSBC-IDA-Singapore-Build-Pioneering-Blockchain-Trade-Finance-App). Véase SCHINDLER (2017, pp. 1-16).

[44] ALI (2018, pp. 1676-1717) examina eventuales vinculaciones entre la tecnología *blockchain* y los *smart contracts* al IoT. Véanse también ALI (2018, pp. 584-591) y CHRISTIDIS (2016, pp. 2292-2303).

[45] En este sentido, advierte PUTERBAUGH (2017, p. 52) que el código informático no es Derecho, en el sentido de que su validez todavía no está clara, y que la concepción del *smart contract* puede obedecer a un mecanismo para forzar el cumplimiento del contrato en lugar de denominar a un contrato en sí mismo.

distribución y pago de derechos de autor, y el reparto de la herencia. En este último caso, plantea dudas la aplicación de la tecnología *blockchain* a la automatización de la aceptación de la herencia y el papel del Notario. En nuestra opinión, solamente cabría en el caso de la aceptación pura y simple. Al tratarse de un acto de carácter voluntario, creemos que es difícilmente automatizable la repudiación e incluso, por su carácter restringido, la aceptación a beneficio de inventario. Asimismo, también suscita dudas la automatización del pago de la legítima porque, aunque se trate de una parte del patrimonio hereditario de la que el testador no puede disponer, inciden en ella eventos externos que requieren de una apreciación con posterioridad al fallecimiento del causante, a saber: la inoficiosidad de las donaciones realizadas con anterioridad a la sucesión, *ex* art. 819 CC; y la existencia de una causa de desheredación, conforme a los arts. 852-855. En suma, la tecnología *blockchain* puede servir para agilizar los trámites derivados del fallecimiento, con la tecnificación del Registro Civil y del Registro de Actos de Última Voluntad, pero no puede automatizar todo aquello que concierne a la distribución del patrimonio hereditario. En otras palabras, por las limitaciones señaladas, consideramos que no es posible codificar completamente la aceptación de la herencia ni su reparto, que en abstracto únicamente cabría respecto del tercio de libre disposición, porque la aplicación parcial de esta tecnología provocaría desajustes materiales.

En cuanto al Derecho del trabajo, por tratarse de Derecho privado, debemos señalar que se ha admitido la automatización mediante la tecnología *blockchain* de determinadas prestaciones[46]. Sin embargo, advertimos que cada nuevo cambio en las condiciones de trabajo requerirá de una actualización de los *smart terms,* a modo de cláusulas inteligentes que automaticen cambios en determinadas prestaciones con la confirmación por las partes. Esta constante adaptación o renegociación, que contradice materialmente el automatismo del código informático, hace que, si bien el uso de la tecnología *blockchain* puede facilitar la ejecución de determinadas prestaciones, dificulta su calificación de *smart contract de trabajo,* por diversas razones: por una parte, existen eventualidades en la fase de ejecución del contrato, como la indemnización por despido o las infracciones laborales, que por su componente subjetivo no son susceptibles de programación; y, por otra parte, las prestaciones del contrato no pueden estar sometidas parcialmente a un *smart contract,* de la misma manera que ocurre en el ámbito sucesorio, máxime cuando entre estas se encuentran aquellas referidas a normativa imperativa. Por lo que se refiere al Derecho de la seguridad social, por tratarse de Derecho público, únicamente puede ser objeto de automatización el abono de determinadas prestaciones, mediante la tecnología *blockchain.* Finalmente, en el Derecho administrativo, pueden operar los *smart contracts* en los contratos privados que formalice la Administración, conforme al art. 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE nº 272, de 9.11.2017). De acuerdo con la regulación vigente, no es posible hablar de *smart contracts públicos,* por la existencia de un procedimiento administrativo de carácter imperativo, aunque para los contratos públicos y para la agilización de determinados trámites administrativos resulte de utilidad la aplicación de la tecnología *blockchain.*

2.2. *Críticas al concepto de* smart contract *y reafirmación de su naturaleza contractual*

[46] Por ejemplo, los *smart contracts* puede servir a la actividad sindical y a la renegociación de las condiciones de trabajo, como la jornada laboral, los salarios o el contenido de las tareas, como indica WORLD ECONOMIC FORUM (2016). Sin embargo, debemos señalar que en nuestra opinión ello no debe tener una total traslación al contrato de trabajo ni a las prestaciones de la Seguridad Social, pues además en este último caso se trata de Derecho Público. ROJAS (2017).

Las numerosas críticas[47] al término *smart contract* se refieren a lo que calificamos de una interpretación literal y reduccionista, como justificaremos. Conforme a esta, se niega que sea un *contrato,* por tratarse de un código informático[48] cuyo cumplimiento no es legalmente exigible, y se rechaza su carácter *inteligente* porque no utiliza IA, pues el *smart contract* no actúa de forma autónoma como un robot, sino que tiene un cierto componente de adaptación al entorno, por la comprobación de eventos externos y, por tanto, de imprevisibilidad. Sin embargo, todo ello no es cierto por varias razones. Por una parte, el código informático autoejecuta las prestaciones de un contrato, *ergo* la programación es instrumental al contrato y no al revés, y buena prueba de ello es la configuración de la *self-help* frente al incumplimiento. Además, el propio Szabo justificó (SZABO, 1996) la denominación de *"smart",* porque son más funcionales o dinámicos que los contratos tradicionales, referidos como *"inanimate paper-based ancestors"*. Por otra parte, aunque debemos precisar que una *blockchain* no requiere de una IA para su correcto funcionamiento, la IA tiene influencia en su arquitectura (ALMASOUD, 2018, pp. 1-6) por la intervención en su configuración, mediante los denominados *miners* o mineros, los datos de la cadena de bloques, la red de observadores, así como la integridad de la plataforma.

Si bien es cierto que el *software* no puede, desde una concepción formalista, calificarse *per se* de contrato, lo cierto es que el término s*mart contract* es suficientemente conciso para expresar lo que pretende: un contrato inteligente es aquel que se perfecciona por el consentimiento, y las partes quedan vinculadas por el conocimiento de su existencia. La perfección (TUR, 2018, pp. 74-75) del contrato se produce en el momento en el que las partes expresan su consentimiento en el *front-end*, o la parte visible para el usuario de la plataforma de que se trate, para que el *back-end*[49] procese el consentimiento y el resto de datos proporcionados para iniciar la ejecución del *smart contract.* El consentimiento puede expresarse oralmente, por escrito, o por medios informáticos, como la firma digital (CHENG, 2018, pp. 1046-1051) y los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap,* destinados principalmente a que los consumidores tengan la *actual notice* de los términos del contrato, y cuya validez se supedita a su obtención documental antes de la celebración del contrato[50]. El consentimiento electrónico que reúna los requisitos de validez producirá los mismos efectos que el prestado presencialmente, pues lo permite para la contratación

[47] Por todas, véase WERBACH (2017, pp. 338-350). En particular, MCJOHN (2016, pp. 2-23) manifiestan que ni es inteligente ni es un contrato porque en realidad "is robotic not smart" y "it is not legally enforceable", y expresan que las partes no pueden quedar insatisfechas porque las prestaciones se han pactado con anterioridad. En el mismo sentido, O'SHIELDS (2017, p. 178). Respecto del carácter contractual de los *smart contracts*, SAVELYEV (2017, p. 14) ha negado que sean fuente de obligaciones porque no depende de la voluntad del deudor sino del código informático, lo que supone la aplicación del principio *pacta sunt servanda* de manera absoluta, y niega la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de su prestación.

[48] Conforme a la plataforma *Ethereum,* un *smart contract* es un programa, entendido como código informático, que se registra y opera en la propia plataforma.

[49] El término *back-end* se refiere a la parte del desarrollo web encargada de procesar los datos proporcionados por los usuarios en el *front-end* o la plataforma mediante la cual interactúan.

[50] Los *clickwrap agreements* van referidos a contratos en los que las condiciones y términos de un sitio web se aceptan expresamente antes de completar una transacción, a modo de mecanismo reputacional. Por otra parte, los *browsewrap agreements* son un acuerdo de licencia relativo a los términos y condiciones de uso de un sitio web que cubre el acceso a los datos de un sitio web o producto descargable. Para una explicación más detallada sobre estos conceptos y la *actual notice* que exigen los tribunales estadounidenses como prueba del consentimiento mutuo o *mutual assent,* véase entre otras la Sentencia United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18.8.2014 (763, F3.d 1171; MP: Roslyn O. Silver). Respecto del *clickwrap* de aceptación de las condiciones generales que atribuyen competencia judicial, véase la STJUE, 20.5.2015 (TJCE 196; MP: C. Toader), pues solamente serán válidas si permiten imprimir y guardar su contenido antes de la celebración del contrato. O'SHIELDS (2017, p. 186).

electrónica el art. 23.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE nº 166, de 12.7.2002).

Por tanto, aunque el contenido, objeto y función del *smart contract* pueda ser cualquiera, es decir, sirva para transacciones que no encajen en el concepto jurídico de contrato, y a pesar de que materialmente es un programa creado para operar en una plataforma *blockchain*, debemos afirmar que en última instancia ejecuta prestaciones, lo que refuerza esta calificación. Para ello, la plataforma *blockchain* correspondiente deberá activar los mecanismos para la comprobación de la identidad, capacidad de obrar y los requisitos[51] de validez inherentes al contrato. Una vez perfeccionado, el Derecho de contratos aplicado a la ejecución de los *smart contracts* operará en dos estadios: en el primero, las partes cumplirán con las prestaciones pactadas voluntariamente y controlarán su ejecución y la de la contraparte; y, en el segundo, el código informático arbitrará la *self-help* o los remedios privados frente al incumplimiento contractual, sin perjuicio de su reclamación judicial. Por la naturaleza mayoritariamente disponible del Derecho civil, debe entenderse que las normas dispositivas operarán en defecto de pacto si se han codificado, y la ejecución del contrato responderá a los distintos eventos previstos por las partes, sin más coerción que el automatismo informático.

En suma, afirmar que la naturaleza jurídica del *smart contract* se corresponde con un contrato, permite aplicar su teoría general y remedios, aunque deban adaptarse por sus particularidades materiales, en especial cuando el objeto del contrato se encuentre conectado a la red mediante el *Internet of Things* (ASHTON, 2009) o IoT[52]. En este sentido, debemos recordar que el art. 1258 CC vincula a las partes a las consecuencias derivadas del contrato y a las que deriven de la buena fe, la costumbre y la ley. Por ello, todo *smart contract* deberá incorporar códigos informáticos que automaticen remedios como la moderación equitativa en caso de incumplimiento parcial, la cláusula *rebus sic stantibus* y la excesiva onerosidad del contrato, entre otros. Además, quienes operen en el tráfico jurídico con los *smart contracts* van a beneficiarse de sus ventajas materiales, fundamentalmente la rapidez y seguridad, y sus ventajas jurídicas porque, aunque inicialmente Szabo lo configuró (SZABO, 1996) como un mecanismo al margen de la jurisdicción, el Derecho y sus remedios van a estar presentes ante la imprevisión o imperfección del código informático. Es más, el Derecho no puede ser ajeno a las transacciones comerciales, con independencia del instrumento utilizado, porque eso llevaría a una desregulación que no se debe potenciar sino aislar. En última instancia, respecto de los contratos sin acuerdo previo con consumidores, provocaría un efecto parecido al del *shadow banking,* es decir, una actividad de financiación al margen del crédito bancario tradicional, operada por instituciones financieras no bancarias que no se encuentran sometidas a un ente regulador.

En definitiva, tener que reinterpretar la teoría general del contrato, los remedios del consumidor y la protección de datos, como los principales elementos que necesitan una revisión en sede de *smart contracts,* no le niega su naturaleza contractual. Su naturaleza contractual se afirma desde una interpretación finalista: nace el contrato por el acuerdo de las partes y les vincula desde su perfección, con independencia del medio utilizado para formalizarlo y ejecutarlo. Negar dicha naturaleza por razón del instrumento es interpretarla de manera superficial y sin atender a su trascendencia material, esto es, servir de instrumento para el intercambio de bienes y servicios; es como negar la existencia de un bosque por atender solamente a las copas de los árboles, en

[51] Véase *infra* apartado 5.1.

[52] Véase *infra* apartado 5.2.

este caso la terminología, desoyendo su ecosistema, es decir, su función. Es por tanto que debería preguntarse a quienes le han negado y le siguen negando esta naturaleza qué otra podría tener, qué remedios frente al incumplimiento deberían arbitrarse, distintos de los existentes por no corresponderse con un contrato, y qué contratos se considerarían inteligentes o cuáles no. Por el momento, más allá de las críticas al término, ampliamente extendidas a pesar de su reduccionismo, no hemos encontrado ninguna respuesta a estos interrogantes.

2.3. *Smart contracts in action y M2M contracts*

Los *smart contracts* sustituyen el tradicional clausulado del contrato por un código informático de tipo condicional, o de lógica *booleana.* Este código debe tener una estructura *if/then/else*, es decir, si se cumple una premisa o supuesto de hecho *"if",* se automatiza la consecuencia jurídica o una prestación *"then";* si no se cumple, se ejecuta una acción prevista como *"else",* a la que denominaremos jurídicamente remedio. De esta manera, y partiendo del concepto adaptado a la realidad contractual actual, podemos definir el *smart contract* como el código informático que contiene el conjunto de pactos o cláusulas contractuales, programado mediante un módulo, que está formado por un código virtual –como por ejemplo es el lenguaje *Solidity* (BHARGAVAN, 2016, pp. 91-96) que opera en *Ethereum*, aunque existen otros como *Serpent* y *LLL*– y que, una vez incorporado a la tecnología *blockchain* (ALHARBY, 2017, pp. 125-140) o cadena de bloques, forma una unidad autónoma que procesa la información, es decir, autoejecuta las prestaciones del contrato. Por tanto, es posible programar el concepto jurídico de condición del art. 1113 CC, con los límites del art. 1116 y por ende del art. 1255, sometiendo la eficacia o ineficacia futura a un evento externo al contrato, pero previsto en el código informático. En el trasfondo de esta programación, en realidad es donde está la clave de la tarea del programador: prever en el código informático las distintas eventualidades que puedan manifestarse en la fase de ejecución.

Como puede observarse, la eliminación del factor humano, salvo cuando sea necesario corregir el acuerdo que representa el código informático, suprime al menos dos defectos consustanciales: por una parte, el error humano, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil por una programación inadecuada; y, por otra parte, las conductas que persigan demorar la ejecución de un contrato, así como la *Verwirkung* o el retraso desleal en la reclamación judicial de un derecho subjetivo. Sin embargo, pensando fundamentalmente en contratos B2B de tracto sucesivo, como por ejemplo un contrato de suministro, dicho retraso incide materialmente en la ejecución del contrato. Para este supuesto, y especialmente en el tráfico mercantil internacional, debe permitirse la desvinculación del contrato, pues el automatismo del código no puede generar esta consecuencia por un retraso. Si es necesario, se puede optar por la aplicación de una cláusula de excepción –como contiene, por ejemplo, el art. 4.3 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE nº 177, de 4.7.2008)–, entendida como la regla legal que permite aplicar una norma más vinculada con el litigio que la designada por la norma de conflicto, para que pueda proceder la desvinculación contractual.

Todos los *smart contracts* presentan una serie de características[53] comunes: en primer lugar, se trata de un conjunto de pactos arbitrados mediante un código informático; en segundo lugar, su materialización se contiene en el *digital form* del contrato, como ya sucede en la contratación

[53] SAVELYEV (2017, pp. 3-24) indica que su naturaleza es electrónica, se implementan en el software, aumentan la certeza, el código es de tipo condicional, son autoejecutables y autosuficientes. CLACK (2017, pp. 1-15).

electrónica, y además la programación de su ejecución, que constituye su novedad; y, finalmente, los protocolos[54] informáticos que se incluyen en el *smart contract* automatizan las prestaciones. Del concepto y características de los *smart contracts*, destacamos que son contratos autoejecutables, por el código informático, autosuficientes, por no requerir de acción humana, y autoejecutables o *enforceables* mediante el código informático. Como observamos, la confianza en la contraparte[55] se coloca en un algoritmo que automatiza las consecuencias jurídicas del contrato. En un contrato autoejecutado, la confianza de las partes pierde relevancia a favor del cumplimiento de las prestaciones, pues su incumplimiento resulta antieconómico y sus consecuencias negativas son automáticas, porque la identidad (AL-BASSAM, 2017, pp. 1-6) de la contraparte queda registrada de forma externa. Por ejemplo, SCPKI es el sistema vinculado a la plataforma *Ethereum* para comprobar la identidad, y se compone del nombre, la identificación, el código informático, el *hash* y el sistema de encriptación. Ello permite que la exigencia de la confianza, sobretodo basada en la solvencia, se desvanezca, pues el riesgo desaparece porque el *smart contract* registra el incumplimiento y automatiza sus consecuencias. Esta identificación presenta ventajas sobre todo en la contratación electrónica con grandes plataformas, tan extendida en la actualidad, y en la contratación entre ausentes. Además, para los incumplimientos previstos por el *smart contract,* ni siquiera es necesario acudir a la jurisdicción, que quedará reservada para aquellos casos que presenten una complejidad que supere al código informático.

Respecto del cumplimiento de lo pactado, este se comprueba mediante un ordenador que verifica los eventos externos para automatizar las prestaciones del contrato, y prescindiendo de una autoridad central[56] o un mecanismo de ejecución externo. Ante la producción de un determinado evento o el vencimiento del plazo para el cumplimiento de una obligación, el protocolo automatiza la ejecución contractual, programada con un código informático que arbitra el cumplimiento. La principal manifestación de esta autoejecución del contrato son las consecuencias frente al impago: la imposibilidad de utilizar el objeto del contrato. Sin embargo, esta automatización contractual requerirá de un examen más profundo cuando el objeto del contrato recaiga sobre un bien que afecte a las necesidades básicas o a la seguridad[57] del deudor. En última instancia, una adecuada programación permite prescindir de la jurisdicción, salvo para los casos de imposibilidad sobrevenida, en las prestaciones específicas, y los casos en los que proceda la aplicación de la cláusula –implícita– *rebus sic stantibus* y sus expresiones[58], contenidas en la regulación de diversos Estados europeos y los Principios UNIDROIT.

---

[54] Se refiere a un programa o conjunto de instrucciones, conforme a las cuales los cambios de estado en la información que contiene se registra en una base de datos digital, lo que vincula estos protocolos con la efectividad práctica del contenido contractual.

[55] SAVELYEV (2017, p. 8) explica que, en contraste con la contratación tradicional, la confianza en los *smart contracts* "is put in the computer algorithm standing behind the agreement", lo que califica de "trustless trust" o confianza sin confianza.

[56] En su configuración tradicional, se prescindió de una autoridad central, e incluso como el propio SZABO afirmaba sobre la jurisdicción, aunque esta última afirmación tiene los matices expresados en el artículo. Véanse SZABO (1996) y HYMAN (2017, pp. 13-17). Atiéndase también respecto del Proyecto de Ley de reforma de la *Nevada's Uniform Electronic Transactions Act,* en el Estado americano de Nevada, mediante la *Senate Bill no. 195* (https://www.leg.state.nv.us/App/NELIS/REL/80th2019/Bill/6337/Text). Esta propuesta ha proyectado la regulación del uso de la tecnología *blockchain* y la exigibilidad de los *smart contracts*.

[57] Véase *infra* apartado 5.2.

[58] Estas se refieren a: la teoría italiana de la *eccessiva onerosità* o excesiva onerosidad del contrato, conforme a la regla de la *eccessiva onerosità* del art. 1467 del Código Civil italiano de 1942, que ha sido incorporada en el art. 6.2 de los Principios UNIDROIT y que implica la posterior renegociación del contrato; la teoría francesa de la *imprévision* o imprevisión; y, finalmente, la teoría alemana (LARENZ, 1963, pp. 10-201) *Geschäftsgrundlage* o de la base del negocio, dispuesta en el §

Una vez explicado el concepto de *smart contract,* debemos señalar que también comprenden los denominados *Machine to Machine contracts*, en adelante *M2M contracts*: la perfección y ejecución automática de un nuevo contrato derivado de la ejecución, también automática, de las cláusulas establecidas en un *smart contract* originario. O lo que es lo mismo, de un *smart contract,* personalizado o fruto de la adhesión, surge automáticamente un *M2M contract*. Ello puede plantear dificultades especialmente en el ámbito del Derecho del consumo, pues un consumidor puede adherirse a un contrato que le sea beneficioso, pero el acreedor debe prestar correctamente el deber de información precontractual para evitar que la conclusión automática de un *M2M contract* le sea perjudicial, especialmente por la combinación de instrumentos financieros y no financieros. Existen voces[59] que consideran que en realidad el *smart contract* primigenio se trata de un *precontrato,* sometido a la condición de que el contrato definitivo cumpla determinadas exigencias, e incluso lo han calificado de *precontrato imperfecto* –para conseguir su encaje–, respecto del que las partes se obligan a negociar las prestaciones y concluir el contrato proyectado. El precontrato, por su naturaleza, debe estar sometido a un plazo de caducidad, como término esencial para concluir el segundo contrato; en ausencia de este, se establecerá por los Tribunales, conforme al art. 1128 CC. Este término esencial, pensado para evitar la vinculación indefinida, impide que pueda calificarse al *smart contract* originario como precontrato, por una razón: el término esencial no encaja en la ejecución automática del *M2M contract,* que depende de la producción de un evento externo, elemento que resulta totalmente incompatible con la fijación de un término inicial para el cómputo del plazo de caducidad requerido.

Por el contrario, consideramos que este impedimento no se produce si el *smart contract* y el *M2M contract* se configuran como dos contratos autónomos, pero con relación de dependencia; no deja de ser una obligación principal y otra accesoria. Por ello, en este caso las partes perfeccionan un *smart contract* como obligación principal, y el código informático obtiene de ese consentimiento[60] la base para la perfección automática de un *M2M contract* accesorio. Esta calificación que se propone soluciona, además, el problema que presenta el precontrato respecto del consentimiento como base de un negocio posterior: las partes no tienen como finalidad en el *smart contract* originario asegurar la celebración de un *M2M contract*, y su intervención en este contrato es mediata. La finalidad del *smart contract* no es la conclusión del *M2M contract,* mientras que este último contrato podría existir o lo contrario, pero en ningún caso puede subsistir y tener sentido sin el *smart contract* originario, que sirve de fundamento al consentimiento mediato, pues no puede extraerse[61] un nuevo consentimiento de un código

313 BGB, para el caso de desaparición de la base subjetiva u objetiva del contrato, y que fue elaborada partiendo de la teoría de la presuposición o *Voraussetzung* de Windshceid. Al respecto y en profundidad, atiéndanse PARRA (2015, pp. 1-54) y SALVADOR (2009, pp. 1-60). La excesiva onerosidad del contrato, aunque carezca de una regulación sustantiva, encuentra su fundamento en el art. 7 CC, donde se contienen los límites al ejercicio de los derechos subjetivos: el abuso de derecho y la buena fe. La Propuesta de Modernización del Código Civil pretende incluir como límite la excesiva onerosidad del contrato en el art. 1192.2.2, como ya se contiene en el art. 7.2.2 de los Principios UNIDROIT, en el art. 9:102 (2) PECL y en el art. III.-3:302 (3) DCFR. Para la apreciación de la excesiva onerosidad del contrato, se exige que la parte perjudicada no haya asumido este riesgo, del mismo modo que se requiere para la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*. El fundamento de la excesiva onerosidad atiende a que el riesgo del contrato recae exclusivamente en el deudor por falta de información, un riesgo que en lo que se refiere al precio y su reembolso puede comprometer su capacidad económica para hacer frente al pago de la deuda.

[59] LEGERÉN (2018, pp. 216, 222-224) quien, después de una larga argumentación y profusa doctrina académica y jurisprudencial, concluye que se trata de un "precontrato imperfecto", porque "se dejan abiertos los términos del precontrato". Sobre el precontrato imperfecto, véase GONZÁLEZ (2013, pp. 822-823).

[60] Véase *infra* apartado 5.2.

[61] Véase *infra* apartado 5.1.

informático. En otras palabras y respecto del consentimiento, sin este no acaece el contrato accesorio. Un ejemplo práctico de lo expuesto sería un instrumento financiero, como un *swap,* aparejado a un préstamo hipotecario como instrumento no financiero y obligación principal, en cuyo caso tienen una relación de dependencia como obligación principal y accesoria.

3. Tecnología *blockchain:* la adhesión contractual mediante *Blockchain* y la personalización con *Ethereum*

Una vez expuesta la naturaleza jurídica de los *smart contracts* y los *M2M contracts*, debemos referirnos a la tecnología *blockchain* que los hace posible. En una primera aproximación que desarrollaremos en los siguientes subapartados, la tecnología *blockchain* consiste en un código en cadena que emite registros descentralizados para subvenir a las dificultades que planteaban los contratos electrónicos (BELLAMY, 2016, pp. 6-12; LUU, 2016, pp. 254-269), relativos a la manipulación del contenido y la prueba de su emisión y recepción. Sus principios (TAPSCOTT, 2016, pp. 56-92) se basan en determinados parámetros: integridad en red, poder distribuido, valor como incentivo, seguridad, privacidad (CHATZOPOULOS, 2018, pp. 442-450), derechos preservados e inclusión. La tecnología *blockchain* está basada en una red P2P en la que los nodos, como terceros ajenos que comprueban la veracidad de los eventos, son iguales entre sí, aunque cumplen distintas funciones según se trate de nodos mineros, nodos simples o nodos maestros[62]. Ello permite articular un registro distribuido que los hace menos vulnerables a ataques informáticos, por existir otros nodos que suplirían su actividad.

Este mecanismo opera a través de tres elementos (ABADI, 2019, pp. 2-6) relacionados entre sí: la exactitud se vincula con la eficiencia de costes, mediante un libro mayor centralizado, y a su vez la exactitud se vincula con la descentralización por el *PoW-blockchain* o su prueba de trabajo, aunque existen otros protocolos de consenso que lo posibilitan sin coste energético, como la prueba de participación. La tecnología *blockchain* se relaciona con su entorno mediante los *Oracles* u oráculos, que es una red de observadores externos que comprueban los eventos producidos durante la ejecución del contrato, responden a las instrucciones de las partes en el sistema o a eventos externos cuya existencia queda registrada, y producen automáticamente las consecuencias jurídicas programadas. Por otra parte, debemos señalar que existen otras plataformas como *Logalty,* que emite registros de tipo centralizado, aunque por ello menos seguros y vulnerables a ataques informáticos, pues carecen de esta red de observadores imparciales.

Las principales[63] plataformas de tecnología *blockchain* son *Blockchain* y *Ethereum,* aunque existen otras como Quorum. *Blockchain*[64]*,* utilizada por más de 38 millones de usuarios, permite adherirse a un *smart contract* predispuesto y comprar criptomonedas, la propia de la plataforma que es *Bitcoin*, así como *Ether* y *Stellar*. *Ethereum*[65]*,* utilizada por 12 millones de usuarios, es una *blockchain* programable por la que se pueden crear *smart contracts* personalizados y comprar la

[62] Los nodos mineros emiten y propagan transacciones, ponen en funcionamiento el software necesario como BTCMiner o CGMiner y crean una copia disponible para los mineros en la *blockchain*. Por su parte, los nodos *broadcast* o simples solamente emiten transacciones y reciben información de la *blockchain*. Finalmente, los nodos maestros o completos permiten la descarga de una copia de la *blockchain* para pasar a ser un nodo más de la *blockchain*.

[63] Existen otras plataformas como Chainspace. Véase AL-BASSAM (2018, pp. 1-16).

[64] *Blockchain* (https://www.blockchain.com/).

[65] *Ethereum* (https://www.ethereum.org/).

criptomoneda de la plataforma, que es *Ether*. Mediante esta plataforma, en lugar de operar con un *smart contract* predispuesto, se incorporan los datos a la plataforma en forma de *input,* que genera nuevas transacciones u *outputs*. Por tanto, a este *smart contract* lo podemos calificar de "personalizado", por su configuración mediante *Ethereum*, en contraposición a la adhesión contractual que posibilita *Blockchain*.

Ethereum, sin embargo, tiene un coste económico: los usuarios deben pagar unas *fees* o tasas en *Ethers* por cada operación que activan. Ello permite evitar actuaciones maliciosas y sostener el coste de mantenimiento de la plataforma, denominado *gas*[66]*,* que es el coste de la computación sobre esta *blockchain.* Este coste se determina libremente por los mineros, conforme a las reglas del libre mercado, y quien ejecuta una transacción puede delimitar la cantidad máxima de *gas* que está dispuesto a gastar. Por el momento, este coste está desincentivando su extensión, a diferencia de la expansión que está experimentando *Blockchain*, así como por la inversión[67] que las partes necesitan realizar para la adquisición de equipos informáticos y la formación para operar en la plataforma *Ethereum*. Sin embargo, esta inversión tendrá sus externalidades positivas cuando los contratos tradicionales incorporen progresivamente (PUTERBAUGH, 2017, pp. 24-26) algunas cláusulas que se autoejecuten, para pasar a un segundo estadio de programas ayudados de IA que elaboren por sí mismos *smart contracts*. Por el contrario, la plataforma *Blockchain* permite la obtención de criptomonedas, convertibles a saldo canjeable en *PayPal,* por la fidelización de nuevos usuarios y contactos de usuarios ya registrados; no obstante, el coste material de la gratuidad es la cesión de datos de carácter personal.

De acuerdo con las plataformas de tecnología *blockchain* y sus posibilidades, podríamos distinguir entre dos clases de *smart contract*. Por una parte, aquel en el que existe un acuerdo previo y que, por tanto, su contenido se pacta o personaliza, mediante la plataforma *Ethereum.* Por otra parte, aquel en el que no existe un acuerdo previo y que, al no estar personalizado, es suficiente con el uso de la plataforma *Blockchain* para comprobar los requisitos de validez y adherirse. En el primer caso, por la existencia del acuerdo *off-chain,* la tecnología *blockchain* se utiliza para garantizar la eficacia del pacto, donde se habrán previsto las prestaciones y la activación y desactivación del código informático. En el segundo caso, por la ausencia de un acuerdo previo, el acreedor predispone el contenido contractual, el deudor solicita la adhesión, y la plataforma *Blockchain* comprueba los requisitos de validez y la identidad del deudor para activar el código informático.

3.1. *El adprosumer o consumidor 2.0 y los smart contracts*

El Derecho del consumo se encuentra en una encrucijada la que debe dar respuesta a nuevas realidades surgidas de la era digital, que son fruto directo de la evolución que ha experimentado el comercio electrónico: los *smart contracts* y los *adprosumers* o consumidores 2.0, como protagonistas de esta revolución contractual. Los *adprosumers* no se limitan a adquirir un bien o servicio, sino que requieren una experiencia positiva de compra. Esta se concreta, en primer lugar, en reclamar información y transparencia, elemento que deriva de los controles de incorporación, contenido y transparencia que le asisten como consumidor. Asimismo, el consumidor 2.0 busca asesoramiento, atención personalizada y una determinada relación

[66] OCARIZ (2018, pp. 111-112) concreta que este concepto alude al término "gasolina", porque pone en funcionamiento el *smart contract* de que se trate.

[67] PUTERBAUGH (2017, pp. 24-26) señala claramente que este desincentivo obedece a que las empresas todavía operan en contratos escritos o *paper-based.*

calidad-precio. Este último elemento, sin embargo, queda excluido del control de abusividad, pues solamente admite un control indirecto mediante un test circunstancial, relativo a la equivalencia de las prestaciones.

El *adprosumer* genera contenidos a través de las redes sociales, interactúa con una marca, y anuncia su experiencia con la finalidad de informar a otros consumidores. Ello permite conseguir el *customer engagement* o la adhesión del consumidor a una determinada firma, mediante la evaluación de las relaciones comerciales entre una empresa y un consumidor a largo plazo. En suma, tiene un papel de imagen de una marca y de su promoción, porque dirige indirectamente las acciones de marketing y publicidad, especialmente ante opiniones negativas, y crea una comunidad de seguidores en torno a un producto y su experiencia particular. El *adprosumer* sería el usuario que genera el contenido, sus seguidores quienes lo comentan, y los usuarios silenciosos quienes lo siguen, en un esquema que se correspondería respectivamente con 1-9-99, es decir, un usuario genera nueve seguidores, y estos a su vez noventa y nueve usuarios silenciosos.

Este consumidor 2.0, como destinatario principal de los *smart contracts,* se inserta en una protección del consumidor organizada en torno al concepto de *average consumer* o consumidor medio (HUALDE, 2016, pp. 12-31), como estándar que adopta la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las sociedades en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOUE nº 149, de 11.6.2005). Este concepto fue creado por la jurisprudencia[68] del Tribunal de Justicia para identificar al consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (WILHELMSSON, 2004, pp. 317-337). En un sentido contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro Tribunal Supremo efectúa otra distinción: por un lado, el consumidor medio, conforme a los estándares expuestos; y, por otro lado, el consumidor experto, quien se ve privado de su protección en atención a sus conocimientos financieros, a pesar de la asimetría negocial. La supresión de esta distinción, que no se encuentra armonizada a nivel europeo, permitiría proteger a los consumidores de *smart contracts,* por centrarse en el desequilibrio contractual.

A modo de reflexión prospectiva, los retos que plantean los *smart contracts* en relación con los *adprosumers* afectan principalmente a la protección de datos de carácter personal, referidos al control de identidad y los ficheros de solvencia, así como a los controles de abusividad que les asisten como consumidores. Estos controles deben revisarse porque únicamente podrá subsistir en su configuración tradicional el control de incorporación, relativo a las Condiciones Generales de la Contratación, por tratarse de un control formal y, por tanto, programable. Su cumplimiento podría comprobarse en dos estadios: en primer lugar, mediante la incorporación de las Condiciones Generales de la Contratación; y, en segundo lugar, durante su formación, a través la tecnología *blockchain*, por el cruce automático de información entre distintas instituciones para comprobar si las Condiciones Generales han sido incorporadas al contrato de una forma transparente.

[68] En particular, véase la STJCE, 16.7.1998 (TJCE 174; MP: Jean-Pierre Puissochet), que condensa la jurisprudencia anterior y acuña el concepto de *average consumer* o consumidor medio, así como la STJCE, 13.1.2000 (TJCE 4; MP: José Carlos de Carvalho Moitinho de Almeida), que introduce el concepto de la proporcionalidad en la consideración de la expectativa que se presume en un consumidor medio.

Todo este panorama permite indicar que en un futuro los operadores jurídicos (FRIES, 2018, pp. 86-90) deberán especializarse en este ámbito para poder ofrecer *smart contracts* personalizados, sin depender de servicios externos. En este sentido, en el XII Congreso Nacional (CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, 2019) se presentó el Informe "Abogacía Futura 2020: áreas de negocio emergentes". En este informe se detallan como profesiones jurídicas del futuro la de programador de *smart contracts*, asesor de criptomonedas, o experto en derechos de autor de objetos impresos en 3D. Por lo que aquí interesa, el Informe revela que los abogados deberán elaborar modelos de *smart contracts*, y los colegios profesionales tendrán que ofrecer como servicio la certificación de *smart contracts* ajustados a Derecho, otorgando "sellos de calidad". Sin embargo, el Informe no considera las consecuencias de una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por una certificación inadecuada, especialmente cuando el destinatario final sea un consumidor y el contrato contenga cláusulas abusivas o no supere el control de transparencia. Finalmente, y de conformidad con la Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional (BOE nº 103, de 30.4.2019), resultará clave la figura del *ciberabogado*, aunque la propia norma no lo describa así, pues se refiere en el Objetivo II a la importancia de formar a los profesionales del Derecho para que sean expertos en ciberseguridad.

3.2. *La plataforma Blockchain y el papel del registro distribuido en la adhesión contractual*

La plataforma *Blockchain* y la irrupción de su criptomoneda *Bitcoin,* tras otros intentos fallidos[69] y a la espera del lanzamiento en 2020 de la criptomoneda *Libra*[70]*,* perteneciente a *Facebook*, han supuesto un revulsivo (TAPSCOTT, 2016, p. 102; O'SHIELDS, 2017, p. 179; OCARIZ, 2018, pp. 135-158) para los *smart contracts.* Respecto de *Bitcoin,* el Tribunal Supremo[71] se pronunció por primera vez en un supuesto de estafa el 20 de junio de 2019. Estableció que se trata de "un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta", usado como "activo de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción", pero que "en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal". Por otra parte, el surgimiento de *Libra* provocó que el Senado[72] de los Estados Unidos requiriese información sobre la denominada originalmente *Facebook Coin,* el 9 de mayo de 2019. El Senado identificaba como principales problemas que debía aclarar la plataforma la garantía de la privacidad, la protección e información financiera al consumidor, y el uso de la información proporcionada por el consumidor, en particular sus datos personales, lo que alude a los problemas[73] que presentan las criptomonedas en general.

---

[69] Entre ellos debemos mencionar *DigiCash*, *B-money* y *BitGold*. Esta última era la criptomoneda más tecnificada, pues se basaba en un sistema descentralizado a modo de clave público-privada para firmas digitales mediante una prueba de trabajo o *hashcash*. Sin embargo, no triunfó porque requería un quorum para las direcciones de red, lo que lo hacía vulnerable a los ataques informáticos. Para más detalle, véase OCARIZ (2018, pp. 57-58).

[70] *Libra* (https://libra.org/en-US/).

[71] STS, 2ª, 20.6.2019 (CL 28079120012019100389; MP: Pablo Llarena Conde).

[72] La carta del Senado pide al fundador de *Facebook* que aclare los siguientes extremos: el funcionamiento del sistema de pago; la privacidad y la protección que se otorgará al consumidor; la información financiera que se tenga de los consumidores; los usos que se van a dar, en su caso, a esa información financiera; si *Facebook* pretende compartir o vender esa información o aquella que derive de los usos que realice el consumidor; la información que *Facebook* pueda tener relativa a la solvencia, capacidad crediticia, reputación, características personales o modos de vida sobre los usuarios; y las garantías que ofrezca *Facebook* para la protección de esa información. Puede consultarse la carta del Senado a Mark ZUCKERBERG en este enlace: (https://www.banking.senate.gov/imo/media/doc/5.9.19%20Facebook%20Letter.pdf).

[73] Véase *supra* apartado 1.

Una vez contextualizada la irrupción de *Blockchain,* debemos atender a los elementos que han favorecido su extensión. La plataforma *Blockchain* permite emitir un código en cadena, es decir, un registro inmodificable, que procede de una fuente fiable y segura, y arbitra lo programado por las partes. La ventaja de esta tecnología es que un conjunto de terceros ajenos al contrato, denominados *nodos*, actúan en la plataforma P2P como fedatarios de las actuaciones de los intervinientes. Una vez que la red ha validado una conducta, le atribuye un *hash,* un código incorporado al registro que lo hace inalterable. Este código, como representación del contrato, queda incorporado en un registro distribuido. Desde ese momento, se esperan los datos que integran las variables establecidas, es decir, aquellas vicisitudes que afectan a la fase de ejecución del contrato, que proceden de unas fuentes fiables u *oráculos.* Cuando estas fuentes coinciden con el evento esperado y previsto por las partes en el contrato, generan el resultado previsto, dejando una constancia irreversible y permanente en el registro. Un ejemplo sería la recepción de la mercancía objeto del contrato, en este caso como tradición real o modo que aparejado al título transmite la propiedad (ARRUÑADA, 2018, pp. 55-105). Su ejecución se correspondería con el oráculo de geolocalización de la mercancía y su recepción, mediante un sistema de firma digital del destinatario para comprobar su identidad, generaría la orden de pago, para cuya facilitación es recomendable la conexión del objeto[74] del contrato con el IoT a la red. Asimismo, *Blockchain* proporciona la posibilidad de convertir el objeto de determinadas transacciones al método de pago *PayPal* y, por tanto, lo hace apto para el tráfico comercial en un entorno digital, por lo que resulta especialmente útil en la contratación con consumidores.

La utilización de registros de tipo descentralizado o distribuido como *Blockchain* permite que el *smart contract* esté programado en forma de código autoejecutable, incorporado a un registro que reside en miles de ordenadores, y que tiene carácter inmodificable, irreversible, inmune a manipulaciones o alteraciones y, por tanto, transparente. Ello dota a estos contratos de una seguridad y autenticidad (BELLAMY, 2016, pp. 6-12) que no puede proporcionar la contratación tradicional, aunque también resultan inflexibles[75] y poco adaptables a nuevos eventos sin una programación adecuada, por lo que incluso se les ha calificado de *dumb* (CAWREY, 2016), en el sentido que no atienden a elementos extrínsecos. Asimismo, también proporcionan una mayor eficiencia y agilidad por su objetividad y automatismo, pues no hay margen a la ambigüedad y no se requiere de acciones que materialmente puedan demorar la fase de ejecución del contrato.

Sin embargo, la implementación generalizada de *Blockchain* requeriría de una modificación en la admisión de las pruebas documentales, porque los certificados no presentan problemas de admisibilidad y esta plataforma no puede emitirlos por su naturaleza descentralizada. Para subvenir a este problema, debemos plantear dos alternativas para aportar un *smart contract* a un proceso judicial: por una parte, mediante el uso de la plataforma *Logalty,* que emite registros de tipo centralizado que sirven como prueba documental conforme al art. 265 LEC, pues son relativos al fondo del asunto; o, por otra parte, optar por la transformación de la codificación informática al lenguaje escrito. De acuerdo con lo establecido en sede de presentación de documentos públicos en el art. 267 LEC, puede aportarse mediante escritura pública e incluso soporte electrónico, como permite el art. 24 de la Ley 34/2002, para que sirva como prueba documental según lo contenido en el art. 265 LEC. Esta conversión (DWIVEDI, 2018, pp. 1-4) del lenguaje informático al ordinario, para el caso de que el contenido contractual no se haya

[74] Véase *infra* apartado 5.2.

[75] Sin embargo, ello puede ser percibido por las partes como una limitación, por tratarse de contratos demasiado rígidos y con poca adaptación a nuevas circunstancias. En este sentido, se expresa SKALAROFF (2017, pp. 263-303).

personalizado, está contenido en las Condiciones Generales de la Contratación o en el propio contrato de adhesión, mediante la aceptación de los términos y condiciones a través del *"I agree button"*, lo que constituye la autorregulación de la plataforma en forma de mecanismo reputacional.

3.3. *La plataforma Ethereum o la blockchain de los smart contracts personalizados: un "Smart Contract Inventor"* y *la iconificación de las prestaciones*

Una vez precisado el funcionamiento de la tecnología *blockchain* y la principal plataforma que permite la adhesión contractual, es momento de prestar una especial atención a *Ethereum*. Esta plataforma es una *blockchain* programable, mediante la *Ethereum Virtual Machine*[76] o EVM, y posibilita la creación de *smart contracts* personalizados. Este contrato se ejecuta mediante un código completamente aislado, porque no tiene acceso a la red, al sistema de archivos, ni a otros procesos, e incluso tiene acceso limitado a otros *smart contracts*. En la actualidad, y por la garantía de su privacidad, constituye la plataforma mayoritaria[77] para el desarrollo y creación de *smart contracts*. *Ethereum* permite la creación de un *smart contract* desde el inicio, lógicamente con nociones de programación, por lo que, si se extiende su uso al público en general, deberá simplificarse el mecanismo. En cuanto a su configuración, *Ethereum* opera mediante una *account*[78] o cuenta con un seguimiento del estado, sus transacciones y las trasferencias de valor o información entre cuentas. En contraste, *Blockchain* se configura como una lista de transacciones, de modo que el beneficiario de una transferencia anterior remite todo o parte de lo que ha recibido a otra dirección. Algunos ejemplos de la aplicación de *Ethereum* serían la formalización de un contrato de sociedad multiparte, y los contratos aleatorios como el de apuesta, en el que las partes remiten criptomonedas a una cuenta que las libera a favor del ganador.

En este sentido, debemos señalar una experiencia que puede trasladarse a los *smart contracts* personalizados para extender su uso: *App Inventor*[79], una aplicación de desarrollo de *software* creada por *Google Labs* y desarrollada por el *MIT Media Lab* y el Instituto Tecnológico de Massachusetts. Esta plataforma sirve para la elaboración de aplicaciones destinadas al sistema operativo Android[80]. Existen dos perspectivas para poder crear la aplicación de que se trate: la pantalla *designer,* consistente en el diseño visual que va a tener la aplicación, y la pantalla *blocks,* correspondiente a la programación que contiene la pantalla *designer*. Un icono, en realidad, consiste en una imagen que se incrusta en la pantalla *designer,* que contiene la programación y

[76] Para una explicación más detallada, atiéndase la guía que *Solidity*, por tratarse del código mediante el que opera *Ethereum*, ha elaborado al respecto (https://solidity.readthedocs.io/en/develop/introduction-to-smart-contracts.html#index-6).

[77] Como hemos mencionado al inicio de estas líneas, *Ethereum* tiene más de 12 millones de usuarios registrados.

[78] En el caso de *Ethereum*, las cuentas pueden ser de dos clases: las *Externally Owned Accounts* o EOA, que se controlan mediante claves privadas por seres humanos; y las *Contract Accounts*, cuyo mecanismo de funcionamiento es su código interno y su control se efectúa por el código de contrato, que solamente se activa mediante una EOA. En consecuencia, el *smart contract* configurado desde *Ethereum* es un código incorporado a una cuenta de contrato, que ha sido programada para ser controlada por una EOA, y que tiene una clave privada para restringir su acceso a quien no disponga de esa clave. Este *smart contract* se ejecutará cuando se active una operación desde una EOA y se envíe una transacción a esta cuenta.

[79] *App Inventor* (http://appinventor.mit.edu/explore/index-2.html).

[80] El usuario, que no requiere de conocimientos de programación, puede enlazar una cadena de bloques para crear la aplicación mediante unas herramientas básicas, pues además la plataforma ofrece una guía de inicio, tutoriales y un foro de usuarios. Para que un destinatario final pueda descargarse la aplicación creada, debe generarse un archivo en formato *".apk",* y en la medida de lo posible que dicha aplicación acceda a las plataformas de distribución digital para dispositivos móviles, con la finalidad de generalizar su uso.

cuya pulsación la activa. En una misma aplicación, cada función se automatiza en pantallas superpuestas, lo que el usuario medio identifica como iconos sobre los que clicar. Mediante los bloques *"set"* y *"get"* se pueden atribuir unos determinados valores que, automatizados por la pulsación del usuario, emiten una orden. Los distintos eventos van incluidos en cada bloque, y se articulan de una manera visual a modo de "puzle", por tanto, resulta más fácil de utilizar que el lenguaje de programación, aunque con una formación inicial a nivel de usuario, pues sin ella no es suficiente. Asimismo, también pueden programarse en lenguaje condicional *if/then* y añadir tantos *else* como sea necesario, porque pueden ampliarse las entradas de cada "puzle" para que encajen los distintos remedios. Para una adaptación de los *smart contracts* al usuario medio, lo que extendería su uso como ha sucedido con las criptomonedas, debería articularse un sistema a modo de *"Smart Contract Inventor"*. Ello posibilitaría su creación sin necesidad de ser un programador, pues la informática es accesoria al Derecho, como la garantía del correcto desarrollo del código informático. Actualmente, las guías de programación de *smart contracts,* proporcionadas por *Github*[81] y *Medium*[82]*,* tienen un alto contenido técnico dirigido solamente a programadores[83].

Junto con la propuesta de crear un *Smart Contract Inventor,* en lugar de utilizar lenguaje de programación como *Solidity*, e incluso algunos proyectos existentes de programación de *smart contracts* mediante C# o *Javascript,* debería articularse una herramienta de composición visual o icono para facilitar que cualquier usuario sin ser programador pudiese incorporar cláusulas representadas en un icono y personalizar un *smart contract.* Esta simplificación fue la que permitió el uso de los ordenadores a usuarios no expertos, pues inicialmente estaban destinados únicamente a programadores informáticos. Estos utilizaban una línea de comandos para dar órdenes en forma de código informático, mediante el *Microsoft Disk Operating System*[84] –más conocido como MS-DOS–, hasta la creación de *Windows.* Este sistema operativo popularizó su uso mediante los iconos con su distribución inicial[85] –originada en 1985 y desarrollada posteriormente como *Windows New Tecnhology*[86] o *Windows NT* en 1993–, y cuya primera versión exitosa para el gran público fue Windows 95. Su composición interna como núcleo de tipo híbrido permitió a usuarios inexpertos ordenar una función clicando un icono, mediante la *Graphical*

[81] *Github* (https://github.com).

[82] *Medium* (https://medium.com).

[83] Por ejemplo, *EtherScripter* permite arrastrar bloques que, una vez ensamblados unos con otros, crean una cadena a modo de código condicional lógico, e incluso pueden programarse repeticiones para configurar un *smart contract* básico. Otra experiencia posible, como idea prospectiva sujeta a su materialización, seria *ShadowEth* (Yuan, 2018, pp. 542-556), una plataforma cuyo *hardware* permite crear y almacenar *smart contracts* privados y garantizar su confidencialidad en una *blockchain* pública, como es *Ethereum* en este caso. Sin embargo, estas posibilidades son todavía desconocidas por el público en general, y para promover su utilización debería simplificarse todavía más, pues este último ejemplo resulta de difícil manejo para quien no tenga unas mínimas nociones de programación. OCARIZ (2018, pp. 98-99) reconoce que la mejora de los compositores como *EtherScripter* será clave en la difusión de esta tecnología más allá de la comunidad informática.

[84] Sus versiones eran PC DOS 1.0 (lanzado en 1981), PC DOS 1.1, MS-DOS 2.0, PC DOS 2.1, MS-DOS 2.11, MS-DOS 3.2, PC DOS 3.3, MS-DOS, 3.3, MS-DOS 4.0, PC DOS 4.0, MS-DOS 4.01, MS-DOS 5.0, MS-DOS 6.22, MS-DOS 6.0, MS-DOS 6.2, MS-DOS 6.21, PC DOS 6.3, MS-DOS 6.22, PC DOS 7.0, MS-DOS 7.0, MS-DOS 7.1, y MS-DOS 8.0.

[85] Sus versiones fueron el Windows 1.00 (lanzado en noviembre de 1985), Windows 2.00 (lanzado en noviembre de 1987), y Windows 3.00 (lanzado en mayo de 1990).

[86] Sus versiones fueron Windows NT 3.1 (lanzado en abril de 1992), Windows NT 3.5 (lanzado en septiembre de 1994), Windows NT 3.51 (lanzado en mayo de 1995), Windows 95 (lanzado en agosto de 1995), Windows NT 4.0 (lanzado en julio de 1996), y las versiones sucesivas de Windows 98, Windows 2000, Windows Me, Windows XP, Windows Vista, Windows 7, Windows 8, Windows, 8.1, y Windows 10.

User Interface[87] o GUI, es decir, la interfaz gráfica de usuario. Como vemos, la clave del éxito fue la simplificación mediante iconos de las órdenes y la ocultación de la línea de comandos, solo disponible para programadores. Actualmente, la creación de nuevos iconos es posible en determinadas páginas web[88], que lo ofrecen partiendo de una imagen. Por ello, de lo que se trata es de que la plataforma en la que se cree el *smart contract* contenga una herramienta que permita transformar un código informático, que resulte frecuente en la contratación, en un icono que lo represente. En este sentido, la línea de comandos sería parecida a la codificación en los *smart contracts*, pues en la línea de comandos el ordenador recibe las órdenes del usuario y las procesa, mientras que en la codificación del *smart contract,* el programador debe prever todas las eventualidades del contrato y codificarlas para que la autoejecución futura sea adecuada. En definitiva, consideramos por todo ello que evolucionar hacia la *iconification* u iconificación de las prestaciones contractuales de los *smart contracts* haría posible su acceso a usuarios no expertos.

4. Errores de programación, responsabilidad civil objetiva y protección de datos de carácter personal

Llegados a este punto, y habida cuenta de la importancia de la programación para la correcta ejecución del *smart contract,* debemos contextualizar la trascendencia económica de los ataques informáticos y los defectos de programación. El *MIT Media Lab* (ORCUTT, 2019) señala que, desde principios de 2017, los *hackers* se han apropiado del equivalente a 1.800 millones de dólares en criptomonedas. Ello se debe a los *bugs* o errores en el programa informático de las plataformas correspondientes, cuyo tratamiento legal veremos a lo largo de este apartado. En particular, atenderemos a los fallos en la plataforma *Ethereum,* conocidos como el ataque a *The DAO* de 2016 (ATZEI, 2017, pp. 1-23) y el ataque a *Parity*, a los que por su importancia nos referiremos a continuación, junto con otros casos[89] a los que nos remitimos.

The DAO fue la denominación de un proyecto impulsado por la sociedad alemana *Slock.it UG*. Consistía en un fondo de capital riesgo operado mediante un *smart contract* sobre la plataforma *Ethereum*, cuyo objetivo era la financiación de *startups* y que fue hasta su fecha la operación de *crowdfunding* más exitosa de la historia[90]. El 17 de junio de 2016 un *hacker,* conocido como *The Attacker,* aprovechó un *bug* en las *recursive calls* o retiradas repetidas de fondos. Al producirse antes de actualizar el balance, logró transferir en *Ethers* el equivalente a 40 millones de dólares a una cuenta de su control, y anunció acciones legales contra quieres pretendiesen privarle de los *Ethers* adquiridos. La *Ethereum Foundation*, formada por los inversores, desarrolladores y mineros de *Ethereum,* llegó al acuerdo de que el mal denominado "robo", pues en realidad se trata de una apropiación indebida, debía dejarse sin efecto mediante un *hard fork* de emergencia, ejecutado el 20 de julio de 2016. Este *hard fork* consistió en una alteración de la cadena de bloques para generar una nueva línea que iniciase desde el bloque anterior a la transferencia fraudulenta,

[87] Se trata de un programa informático que utiliza un conjunto de imágenes u objetos gráficos para representar la información y acciones disponibles en la interfaz, y su principal función es proporcionar un entorno visual sencillo para que un usuario sin conocimientos de programación pueda comunicar instrucciones al sistema operativo del ordenador.

[88] *Iconifier,* por ejemplo, mediante el uso de imágenes en los formatos ".jpg", ".png", o ".gif" permite crear en el momento un icono que lo represente (https://iconifier.net/).

[89] Estos casos se refieren a *CoinDash ICO*, con una pérdida en criptomonedas de 10 millones de dólares, la Estafa del Proyecto Enigma, consistente en una preventa falsificada de Tokens que supuso una pérdida de 1.500 *Ethers*, el robo de *Tether,* que perdió el equivalente a 31 millones en Tokens, y la Estafa de *Bitcoin Gold*, que conllevó una pérdida del equivalente a 3 millones de dólares.

[90] Consiguió recaudar en *Ethers* el equivalente a 150 millones de dólares por parte de 11.000 inversores desde el 30 de abril al 28 de mayo de 2016.

porque el sistema impide modificar el contenido de cada uno de los sucesivos bloques por el encadenamiento de los *hashs.* Esta nueva cadena de bloques tiene una longitud que supera a la anterior, de modo que, aunque coexistan, acaba prevaleciendo la segunda porque los nodos tienen como referencia la cadena más larga. En consecuencia, todos los *Ethers* transferidos, incluyendo los fraudulentos, se traspasaron a una *recovery address* a través de una transferencia incluida en un bloque enlazado con el *hash* del bloque anterior al *bug*. Ello permitió la autocomposición del conflicto mediante la manipulación de la cadena de bloques, sin acudir a la jurisdicción ni exigir responsabilidad alguna al *Attacker*. A pesar de haber logrado el objetivo final, que era evitar las consecuencias del ataque a la plataforma, como los inversores eran partidarios de mitigar sus consecuencias, y los desarrolladores y mineros consideraban que debían asumir ese fallo como riesgo del sistema, los nodos partidarios de asumirlas se escindieron en la plataforma *Ethereum Classic*[91], con su criptomoneda *Ethereum Classic* o ETC. Por su parte, quienes promovieron el *hard fork* mantuvieron el nombre de *Ethereum*[92] y su criptomoneda *Ether,* que es la única de las dos criptomonedas que se puede adquirir en la actualidad. Esta escisión, más allá de manifestar un descontento por la falta de asunción de los riesgos de la programación, carece de sentido práctico por lo que a continuación explicaremos.

Existen auténticos ríos de tinta –referidos a lo largo de este apartado y a los que nos remitimos– que describen con mucho más detalle lo acontecido, pues la pretensión de estas líneas es acercar el error de programación del *smart contract* a un lenguaje divulgativo para analizar sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, todos desatienden lo que realmente sucedió, porque de nuevo necesitamos al Derecho. El *hard fork* o reprogramación consideramos que en realidad consiste en la aplicación de un viejo remedio jurídico: el enriquecimiento injusto. Descartamos el cobro de lo indebido porque la transmisión patrimonial en sí misma no era legítima, puesto que *the Attacker* se aprovechó de la falta de actualización del balance para efectuar las retiradas repetidas de fondos. La codificación informática no puede con todo, y buena muestra de ello son los "hackeos", por lo que resulta positivo y necesario que existan soluciones legales para mitigar y revertir sus efectos. El Derecho se presta a unas valoraciones subjetivas que impide la objetividad u ortodoxia de la programación, pues no todo es reducible a un código informático. Sin embargo, haber permitido las consecuencias de la apropiación, además de haber hundido la plataforma, solamente habría servido para amparar el uso fraudulento de esta tecnología, o lo que es lo mismo: que el Derecho diese cobertura a que una programación maliciosa posibilite un acrecimiento patrimonial injustificado a costa de la plataforma. En este caso, lo podemos calificar de enriquecimiento injusto *sui generis,* porque en lugar de que *The Attacker* restituyese lo obtenido, se optó por una reprogramación que permitió el reintegro del contenido económico a la plataforma. Por todo ello, debemos señalar que la aplicación de la codificación informática sin moderar sus desequilibrios llevaría a la imposibilidad de mitigar sus consecuencias negativas. La subsistencia del código informático necesita del Derecho. De lo contrario, no pueden evitarse las consecuencias de llevar al extremo o, mejor dicho, al absurdo, la expresión *Code is Law.* El Derecho instrumenta alternativas ante la rigidez normativa; de igual manera, la programación debe plantearlas, como en definitiva lo fue el *hard fork,* aunque ello haga visible la vulnerabilidad del código, pues necesita adaptarse a nuevas realidades como el Derecho. En definitiva, por encima de las ventajas objetivas que ofrece la programación, deben existir remedios externos para subsanar sus defectos, pues lo opuesto sería la aplicación del Derecho sin atender al caso concreto ni a la justicia material.

---

[91] *Ethereum Classic* (https://ethereumclassic.org/).

[92] *Ethereum* (https://www.ethereum.org/).

Por otra parte, otro ataque al que nos hemos referido inicialmente es el de la billetera virtual *Parity,* que arbitraba un mecanismo de firmas múltiples en *Ethereum.* Un *hacker* introdujo una serie de errores en el código fuente de la billetera digital, bloqueando el equivalente en *Ethers* a 300 millones de dólares. Los programadores de *Parity* sabían que existía este riesgo, pero no lo programaron por considerarlo improbable, lo que demuestra la conveniencia de codificar tantos "*else"* como sea necesario. De los errores se aprende, y de este suceso surgió la creación de *Mythril*, una herramienta de exploración *blockchain* e intercepción de errores que permite buscar, desensamblar y analizar *smart contracts* en *Ethereum,* mediante el lenguaje de programación *Python,* con la finalidad de dificultar futuros ataques.

Estos errores en la programación derivan del automatismo de estos contratos y, en consecuencia, de su irreversibilidad, porque no se puede detener su ejecución sino solamente revertir sus efectos mediante la reprogramación. Ningún código informático está exento de *bugs,* lo que requiere su comprobación previa en aras de evitar resultados inadecuados y garantizar su ejecución sin intervención humana o reprogramación. Estos errores conllevan el incremento (BELLAMY, 2016, pp. 6-12) de la inversión para evitarlos y de los costes de indemnización por una programación defectuosa. Por ello, apuntamos que una extensión a la contratación en masa de los *smart contracts* debería llevar aparejada una responsabilidad de carácter objetivo de la plataforma que ofreciese la adhesión a un *smart contract* predispuesto, mediante la formalización de un contrato de seguro que cubriese los daños generados al adherente, sin tener que demostrar nada más que el perjuicio económico. La justificación de dicha responsabilidad objetiva de la plataforma predisponente la encontramos en la calificación del usuario de esa plataforma como *consumidor,* y por el hecho de la *adhesión,* sin posibilidad de modificación, que hace necesaria la imputación de la responsabilidad a quien ofrezca un servicio defectuoso por un error de programación, de conformidad con el art. 128 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007). Debemos advertir que la exigencia legal de responsabilidad objetiva que proponemos puede conllevar que plataformas como *Blockchain* dejen de ser gratuitas, pues de algún modo complementario a la publicidad y la cesión de datos de carácter personal debe sufragarse el coste por el aseguramiento de esta responsabilidad. Por el contrario, en el caso de la personalización de un *smart contract,* la responsabilidad debería tener carácter subjetivo, conforme al art. 1902 CC, para individualizar la conducta del programador, consistente en codificar las prestaciones indicadas por las partes, así como la de los contratantes en la indicación del contenido contractual, en aras de determinar una compensación proporcional a la responsabilidad de los intervinientes.

Otro aspecto que plantea desajustes en este ámbito es la protección de datos de carácter personal y su encriptación. Con el surgimiento de los *smart contracts,* el Derecho tuvo que dar respuesta a dos problemas: por una parte, la ocultación de la identidad personal, pues la IP del dispositivo identifica a los equipos informáticos; y, por otra parte, la protección de datos de carácter personal, fruto de nuestro volcado a los sitios web que posteriormente los intercambian. Estos problemas han sido parcialmente resueltos con la encriptación de datos y una normativa europea de protección de datos. La encriptación de datos, tan frecuente en el uso de aplicaciones de mensajería, se basa en la denominada *criptografía asimétrica*, concebida por Whitfield Diffie, Martin Hellman y Ralph Merkle en 1976, y desarrollada mediante el algoritmo *RSA* por Ron Rivest, Adi Shamir y Leonard Adleman en 1977. Esta criptografía efectúa una encriptación de doble clave o clave pública: proporciona confidencialidad mediante la encriptación del mensaje

con la clave pública del destinatario; y garantiza su autenticidad o garantía de origen, es decir, la firma electrónica o la encriptación del mensaje con la clave privada del emisor.

Por lo que se refiere a la protección de datos de carácter personal, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE nº 119, de 4.5.2016), regula esta materia. En particular, el art. 22 prohíbe el procesamiento automático de datos, salvo en tres casos, referidos en el apartado segundo: que la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento; que esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, y que establezca medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado; o que se base en el consentimiento explícito del interesado, opción habilitada en la mayoría de plataformas mediante el *"I agree button"*. Por tanto, los *smart contracts* solamente podrán procesarse automáticamente (FINCK, 2019, pp. 1-17) si cumplen estos requisitos, que deberán matizarse. Al tratarse de un código informático, los *smart contracts* se ejecutarán si cumplen los requisitos del apartado segundo, que en realidad constituye una fuga respecto de la efectiva protección de datos. En cuanto a las medidas que el responsable del tratamiento debe adoptar, creemos que es necesario el establecimiento en el *smart contract* de una cláusula que publicite las acciones que lleva a cabo la empresa para garantizar la protección de datos, a modo de *Corporate Compliance* (FRIES, 2018, pp. 11-18). Sin embargo, plantea contrariedades la última causa relativa al consentimiento, por falta de concreción, pues en realidad la cesión de datos se encuentra sujeta a la correcta prestación del consentimiento informado sobre el tratamiento de los mismos, especialmente cuando el uso de la plataforma es gratuito. La automatización de la ejecución del contrato impide que se pueda hacer efectivo en la práctica el tercer requisito, porque no existe la posibilidad de revocar el consentimiento, máxime en un contrato de adhesión, una revocación que por el contrario permite la contratación electrónica.

5. La formación y la ejecución de los *smart contracts:* autoimplementación y autoejecución

5.1. La formación y la ejecución del contrato: tratamiento de la invalidez y la ineficacia en sentido estricto

A la luz de lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que los *smart contracts* constituyen una revolución en la contratación y la confianza de las partes. La programación sustituye la valoración subjetiva humana, para la apreciación de determinadas vicisitudes en la fase de ejecución, por unos datos de carácter objetivo que van a automatizar los remedios y evitar la simulación contractual. Esta codificación permite reducir los costes de intermediación o gestión, así como la eventual litigiosidad, reservada para aquellos asuntos más complejos. Sin embargo, presenta algunos desajustes que examinaremos a continuación, referidos a la autoimplementación del contenido obligacional –realtivo a la fase de formación– y la autoejecución del contrato, en particular, respecto de los remedios privados frente al incumplimiento.

Los *smart contracts* reúnen los elementos esenciales del contrato contenidos en el art. 1261 CC, pues que la formación y ejecución sea automática, o al menos que una vez expresada la voluntad

de perfeccionar un contrato se ejecute automáticamente, no impide categorizarlos como verdaderos contratos. En relación con el consentimiento, debemos considerar que en el *smart contract* se presta de manera inmediata, es decir, directa en la personalización de un contrato o en la adhesión a uno predispuesto. En el *M2M contract,* las partes prestan su consentimiento de manera mediata, pues, por ahora, solamente tiene capacidad para ello una persona, representada por una clave criptográfica (WERBACH, 2017, p. 371) o por un tercero mediante una *proof of identity*, pero no un código informático *per se*, que únicamente constituye una forma electrónica (MORENO, 1999, pp. 34-36) de emitir el consentimiento. En el *smart contract* originario, el consentimiento se presta de manera inmediata, y en el *M2M contract* por remisión al consentimiento previo del que deriva este segundo contrato. Eso puede dar lugar a la existencia de vicios del consentimiento –en particular, el error– en el consentimiento inmediato que, al no emitirse un nuevo consentimiento, se extiendan al *M2M contract*. La validez del *M2M contract* queda sujeta, lógicamente, a la prestación de una adecuada información a la contraparte del acaecimiento de este segundo contrato, por lo que resulta especialmente importante en materia de consumo el deber de información precontractual y el control de transparencia de la cláusula que disponga la ejecución automática de este segundo contrato.

Respecto del objeto, la prestación es previa y conocida por las partes, de manera que está determinada con anterioridad a su ejecución, y debe tratarse de un objeto lícito, posible y determinado o determinable, conforme a los límites de los arts. 1271, 1272, 1273 y 1255 CC. Los problemas que plantea el objeto del contrato serán analizados con mayor profundidad en el siguiente subapartado, porque no se refieren a los requisitos de la prestación sino a los resultados inadecuados provocados por el automatismo del código. En relación con la causa, y teniendo en cuenta la falta de armonización de este elemento en el Derecho comparado, recordamos que viene determinada por la propia naturaleza de la prestación. Por la automatización de las prestaciones, una adecuada codificación va a evitar que la causa no se corresponda con la finalidad económica que dimane de la naturaleza del contrato, esto es, el código informático evita o reduce en la práctica la simulación contractual. En este sentido, los *smart contracts* deberán atender para su correcta formación a determinados datos externos al contrato, de carácter administrativo, bancario, tributario y judicial, por lo que resulta imprescindible que la Administración incorpore la tecnología *blockchain* para permitir su incorporación. En particular, sería conveniente que la Administración Tributaria habilite la autoliquidación de determinados impuestos desde el propio *smart contract*, para dificultar todavía más la simulación contractual y reducir los costes de inspección.

En cuanto a la forma, si bien es cierto que rige el principio de libertad de forma, *ex* art. 1278 CC, no es menos cierto que, por exigencia legal y por seguridad jurídica, existe un amplio sector de contratación en la que será necesaria la formalización del *smart contract* mediante escritura pública, conforme al art. 1280 CC y al art. 23.4 de la Ley 34/2002. En consecuencia, en lugar de negar[93] el ámbito material de aplicación a los *smart contracts* por la forma, consideramos que es más adecuado articular un mecanismo conforme al cual, una vez celebrado el contrato, el código informático suspenda la autoejecución hasta que las partes procedan a elevar el contrato a escritura pública. Una vez examinados los elementos esenciales del contrato, respecto de la invalidez del contrato, el principal vicio que puede tener incidencia en el *smart contract* es el error, *ex* art. 1265 CC, derivándose la anulabilidad del contrato si cumple con los requisitos del

[93] LEGERÉN (2018, p. 218) afirma que el ámbito de aplicación de los contratos inteligentes se limita cuando se exige escritura pública, y que no cabe realizar contratos inteligentes que sustituyan a los que requieren de documento público.

art. 1266. Sin embargo, por el automatismo de la ejecución del contrato, será difícil mitigar los efectos del error en la codificación[94] del contrato, porque una eventual reprogramación supondría una adaptación del contrato que no se corresponde con la anulabilidad que procede.

Respecto de las fases del contrato aplicadas a los *smart contracts,* en la fase de formación (DUROVIC, 2018, pp. 753-771), la voluntad de las partes interviene de manera inmediata, y de manera mediata en la fase de ejecución. Desde esta perspectiva, el *smart contract* se asemeja a dos tipos de contratos que reinterpretan la autonomía de la voluntad: los contratos dictados y los contratos de adhesión. En los contratos dictados, la celebración proviene del libre pacto entre las partes y los efectos vienen determinados *ex lege,* lo que se correspondería con la automatización de la ejecución en los *smart contracts*. Por su parte, en los contratos de adhesión, el consumidor decide voluntariamente adherirse y los efectos vienen predispuestos por el acreedor; esto mismo sucede cuando un consumidor se adhiere a un *smart contract* que no puede negociar. Debemos recordar aquí que, en el caso de relaciones de tracto sucesivo, mediante un único acuerdo de voluntades que afecta a la fase de formación, se automatiza la ejecución de las prestaciones. Ello no supone una automatización de la formación, sino una continuación de lo acordado por las partes por economía contractual. Sin embargo, también es posible una remisión a esa formación voluntaria del contrato para la ejecución de prestaciones accesorias que permitan cumplir con lo pactado, sin deducir de ello la automatización de su formación. Esta consideración tiene una especial relevancia en las DAOs, por ejemplo, cuando contratan con otros entes determinados servicios, como el repuesto de una sustancia para el funcionamiento del objeto del contrato sin requerir un nuevo consentimiento de la contraparte, es decir, remitiendo dicho consentimiento a la formación del contrato matriz.

Por lo que respecta a la fase de ejecución, las prestaciones autoimplementadas en fase de formación del contrato desencadenan las consecuencias jurídicas previstas por las partes, para cuya comprobación y cumplimiento el código informático va a verificar la existencia de los eventos externos al contrato que sirven de premisa. Los ordenadores ejecutan lo establecido en el código mediante unos algoritmos prefijados por las partes en atención a la producción de unos determinados resultados, o el arbitrio de los correspondientes remedios. En la ejecución del *smart contract*, no hay margen para la interpretación jurídica, por lo que Szabo lo denominó *wet code,* en contraposición al *dry code* interpretado por ordenadores (SZABO, 1996). De esta manera, deben introducirse en el código informático las cláusulas que puedan automatizar la adaptación del contrato, en particular ante el cambio de circunstancias y la excesiva onerosidad, la moderación equitativa de las cláusulas pactadas, así como la desvinculación por incumplimiento, e incluso ante el enriquecimiento injusto, por mencionar algunos ejemplos. Asimismo, el código informático debe habilitar un mecanismo que materialice la retroactividad o la mitigación de los daños derivados de la ejecución del contrato, por una mala programación o porque esta no ha atendido posibles efectos adversos. En definitiva, estos contratos deben satisfacer por sí mismos, o mediante su impugnación judicial, las expectativas jurídicas de las partes.

Los *smart contracts* siempre están condicionados a la producción de los eventos futuros que desencadenan la ejecución de las prestaciones del contrato. Por ello, resulta fácilmente programable el cumplimiento de los requisitos de validez, pero difícilmente, por tratarse de eventos futuros e imprevisibles, la ineficacia en sentido estricto. Por la importancia que tiene en

[94] BELLAMY (2016, pp. 6-12) vinculan la modificación o anulación de un *smart contract* con el error, una vinculación que creemos que pasa por alto las consecuencias de ambos remedios.

la ejecución del contrato la comprobación de los eventos externos, debería articularse la presencia de los oráculos también en esta fase, y no únicamente en la de formación como hasta ahora. De esta manera, estos terceros imparciales ajenos al contrato podrían reintroducir en la codificación elementos externos, una vez comprobados. Una adecuada codificación posibilita la atención *a posteriori* de las consecuencias de la falta de conformidad, pues la calidad en el cumplimiento de una determinada prestación es un juicio de apreciación no codificable. Incluso en los contratos aleatorios, la programación del contrato deberá tener acceso a determinada información externa al contrato, que no puede autoimplementarse durante su formación, para comprobar si el evento que desencadena la prestación principal se ha cumplido o no. Por tanto, la automatización contractual va a ser completamente útil respecto de prestaciones cuyo cumplimiento se pueda encomendar en exclusiva a un programa informático.

Finalmente, una vez examinada la invalidez y la ineficacia en sentido estricto, debemos atender al tratamiento de la tutela judicial del *smart contract*. Este contrato es un título autoejecutivo y, por tanto, *enforceable* al margen de la jurisdicción, mediante remedios privados que no permiten la defensa u oposición de la parte ejecutada. Ello constituye una importante diferencia con el título ejecutivo *ex* art. 517 LEC, que habilita el acceso directo al procedimiento judicial de ejecución mediante, por ejemplo, una escritura pública e intervención notarial como garantía del consentimiento informado. En esta autoejecución no interviene un intermediario de confianza, como una de las partes, porque su intervención es mediata en la fase de formación, y ello implica que debamos matizar sus consecuencias. En atención al importante papel que tiene la programación, si esta es adecuada debería permitir, sin acudir al control notarial, la correcta prestación del consentimiento informado y la incorporación de los eventos externos y sus consecuencias al contrato. En los casos en los que sea necesario este control, si no se reforma el art. 267 LEC, que exige escritura pública en determinados supuestos[95], la tarea informativa del Notario podría quedar automatizada, especialmente respecto del deber de información precontractual y la eventual conclusión de un *M2M contract*. En este sentido, debería reformarse la legislación aludida al inicio de este trabajo para que, en particular, cuando se trate de un consumidor, no sea posible autoejecutar el contrato, es decir, que se incluya una cláusula de desvinculación en distintos casos: cuando ello conlleve consecuencias irreversibles, por ejemplo, la pérdida del objeto del contrato cuando afecte a necesidades básicas, como la vivienda; en el caso de que la ejecución sea excesivamente gravosa para el consumidor, para evitar la excesiva onerosidad del contrato[96]; y los supuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*[97].

5.2. La automatización de los remedios: algunas limitaciones por razón del objeto, y el papel del *Internet of Things* y la Tokenización

La automatización propia de los *smart contracts* debe limitarse cuando impida mitigar las consecuencias materiales de los resultados inadecuados, especialmente cuando tengan carácter irreversible. Estas consecuencias pueden evitarse con la conexión del objeto del contrato mediante el IoT a la red. El IoT permite integrar el objeto en el *smart contract*, como puede ser un vehículo en un contrato de seguro[98] o en un préstamo para su adquisición. Esta conexión hace

[95] Véase *supra* apartado 3.2.

[96] Por ejemplo, este fue el fundamento del pronunciamiento del TJUE respecto de la conocida como hipoteca multidivisa en la STJUE, 20.9.2017 (TJCE 171; MP: A. Prechal).

[97] Véase *supra* apartado 2.3.

[98] La plataforma *Etherisc* es objeto de estudio por parte del *European Law Institute's project team on block chain & smart contracts* (https://www.etherisc.com/). *Etherisc* dispone de una plataforma para formalizar *smart contracts* de seguro,

posible su control[99] porque el *smart contract* no puede *per se* adaptar la codificación sin la vinculación del objeto mediante el IoT, pues este instrumento posibilita la recepción de los eventos externos que le afecten y la incorporación de sus consecuencias jurídicas al contrato.

Respecto de la ejecución del contrato, este instrumento automatiza las consecuencias del incumplimiento con el bloqueo del objeto del contrato, o la transmisión de información en caso de un evento imprevisto. En caso de accidente de circulación, por ejemplo, la aplicación de esta tecnología permite que los datos recogidos por los sensores de un automóvil inteligente, conectado a un *smart contract* de seguro mediante el IoT, puedan remitir los datos para su incorporación al parte de accidente y así proceder a depurar las responsabilidades civiles correspondientes, reduciendo eventuales errores o fraudes (JOHNSON, 2017, pp. 73-78) en los resultados del siniestro. Incluso puede servir para la emisión permanente de información conforme a la cual proceda la renovación automática de la póliza del seguro, de cumplirse con las condiciones pactadas previamente, mediante los algoritmos conectados con el *Big Data* que miden los eventos externos. Sin embargo, deben preverse excepciones a dicho automatismo cuando la seguridad de la parte que ha incumplido se vea comprometida, por ejemplo, por circular con un automóvil a alta velocidad, o cuando se vean afectadas sus necesidades básicas, como en el caso de que el objeto recaiga sobre la vivienda habitual. Las ventajas que plantea la aplicación del IoT a los *smart contracts* son diversas. Por una parte, facilita la ejecución real del contrato sin necesidad de un ordenador central en quien confiar la ejecución o de un acuerdo posterior de las partes. Por otra parte, la conexión del objeto contractual mediante el IoT desincentiva el incumplimiento, pues la principal prerrogativa para la contraparte es la posibilidad de inutilizar el objeto del contrato o impedir su acceso. Si nos encontramos ante una relación contractual de hecho, por tratarse de contratación en masa, el incumplimiento directamente impide la ejecución del contrato y arbitra el remedio de la desvinculación.

En la actualidad, todavía son escasos los objetos cotidianos que pueden vincularse a la red, de los cuales los más llamativos son los altavoces inteligentes. Con un mayor desarrollo del IoT, además de vincular un objeto a un *smart contract*, se podrá controlar su propiedad y uso mediante la *Tokenización*. Un *Token* es un metadato o referencia criptográfica sobre un registro de tipo descentralizado, a modo de unidad de valor. Este metadato lo crea una organización para basar su modelo de negocio, y que sus clientes utilicen los *Tokens* para interactuar con sus productos. Algunos ejemplos los encontramos en las acciones, bonos, derechos de propiedad intelectual, divisas, derechos sobre bienes muebles como obras de arte, automóviles e incluso derechos sobre bienes inmuebles. Estas fichas digitales tienen propiedad intelectual[100], y se someten a una programación informática que los hace susceptibles de ser objeto de *smart contracts*. FINMA[101], que es el regulador financiero de Suiza, ha distinguido tres clases de tokens, según su función: los *payment tokens,* destinados a utilizarse como criptomonedas; los *utility tokens,* que proporcionan acceso digital a una aplicación o servicio; y los *asset tokens,* que representan activos

---

personalizados o prototípicos, por retrasos en vuelos, protección contra huracanes, seguros para tarjetas *cryptowallet*, seguros para la contratación de préstamos, seguros para la cosecha, seguros de vida y salud, así como la posibilidad de solicitar la creación de nuevos productos o construir, es decir, personalizar el propio producto.

[99] STARK (2016) quien alude como problema la inexistencia de un control físico sobre los activos reales por parte del *smart contract*, pero no es necesaria esta codificación porque mediante la vinculación del objeto contractual al IoT ya es posible dicho control: "First, smart contracts require a way for computer code to control real assets. By enabling fully digitized assets, blockchains make it possible for code to exercise control over property. On a blockchain, control over an asset means controlling a cryptographic key that corresponds to the asset in question, rather than any physical object".

[100] Sobre los problemas de la propiedad intelectual en el ámbito de los *Tokens*, véase KRUMHOLZ (2019).

[101] FINMA (https://www.finma.ch/en).

como acciones, participaciones e incluso el derecho al pago de dividendos o de intereses. FINMA advierte (FINMA, 2018, pp. 1-11) que pueden crearse *tokens híbridos;* ello sucederá, por ejemplo, en la criptomoneda *Ether*. En este caso, el *payment token* es utilizado como *utility token* a modo de *gas*, que es el coste de computación en la plataforma *Ethereum* para ejecutar *smart contracts*, a diferencia de la plataforma *Blockchain* que no repercute el coste del *gas* al usuario.

Las empresas u otras organizaciones crean tokens para basar su modelo de negocio y que sus clientes los utilicen para interactuar con sus productos. La Tokenización posibilita la digitalización de la propiedad, de modo que su administración y disposición es programable, permitiendo su control mediato a tiempo real mediante la tecnología *blockchain*. En la actualidad, *Blockchain* y *Ethereum* permiten entre tres y seis transacciones por segundo, una cifra que *Ethereum* prevé incrementar hasta 1 millón por segundo, lo que facilitaría la Tokenización de inmuebles. La principal ventaja de la Tokenización es que permite transformar activos poco líquidos en instrumentos para obtener financiación, lo que proporciona liquidez inmediata al mercado inmobiliario en caso de transmisión, de forma similar al proceso de titulización hipotecaria. Por ejemplo, las plataformas P2P dedicadas al *crowdfunding inmobiliario* adquieren las propiedades y generan los tokens que se negocian en la plataforma *blockchain* correspondiente. Los tokens son divisibles y universales, de modo que si aumenta su demanda se va a reducir el denominado *descuento de iliquidez*.

Tanto en la Tokenización de bienes inmuebles como muebles, resulta esencial que el token permanezca vinculado al objeto del derecho real, es decir, que el activo digital tenga correspondencia posesoria con el activo real. Ello permite comprobar la existencia de los elementos de la adquisición derivativa y la extinción por pérdida o destrucción de la cosa. La comprobación material de la tradición en la adquisición derivativa realizada mediante la Tokenización se concreta en las siguientes clases de tradición: en primer lugar, mediante la representación de la propiedad en el token correspondiente, lo que se correspondería con la *traditio ficta;* en segundo lugar, puede articularse con la comprobación mediante Oráculos o terceros de confianza para un correcto traspaso posesorio como *tradición real;* finalmente, el cambio del título posesorio en caso de constitución de un derecho real limitado puede realizarse mediante el *constitutum possessorium* que, aunque el art. 1463 CC lo refiera a bienes muebles, también se aplica a bienes inmuebles, con la finalidad de ejecutar las prestaciones mediante la *blockchain* en el *smart contract* de que se trate. Otras opciones alternativas al uso de un tercero intermediario en una *blockchain* son las siguientes: *fábrica* y *harbor*. El concepto de *fábrica* consiste en introducir una capa intermedia entre la plataforma P2P que ofrece inmuebles y sus potenciales clientes para que esta capa actúe de tercero a modo de fideicomitente. La encomienda de *fábrica* es ser el receptor temporal de la propiedad para incluirla en un contrato operado en una *blockchain* y mediante unas APIS, que son unos protocolos informáticos para que las webs intercambien la información necesaria para formalizar un *smart contract*. Por su parte, *harbor* introduce la capa intermedia antes referida a modo de *Regulated token,* para comprobar el cumplimiento normativo de la transacción correspondiente. El *Regulated token* es un protocolo que comprueba la información de los inversores que pretendan participar en la transacción, así como la dirección y aprobación comercial de la transacción.

La Tokenización plantea dos retos (SAVELYEV, 2018, pp. 863-869) para el Derecho civil. En primer lugar, la sustitución del objeto contractual del Derecho civil y su regulación legal, por la regulación del token: en forma de mecanismo reputacional, a modo de aceptación de los términos y condiciones de uso (BYGRAVE, 2015, pp. 30-39) de la plataforma correspondiente; o en

el caso de tratarse de un modelo de acceso abierto, en forma de *core team* (PHILLIPS, 2009, pp. 147-173) o personas que controlan y desarrollan centralizadamente la plataforma. En segundo lugar, la determinación de la naturaleza real o personal de los derechos derivados de los *tokens*. Ello dependerá de si representan una criptomoneda, en cuyo caso deberá configurarse como un derecho de crédito sin la figura del deudor. Asimismo, puede existir un token como derecho de crédito que obligue al deudor, por representar el derecho de un inversor a participar en los beneficios sobre la explotación de un derecho real.

Por ello, debemos distinguir (SAVELYEV, 2018, p. 867) entre *the right to a token* o el derecho a un token, como en las criptomonedas, de *the rights certified by a token* o los derechos que represente, como el derecho de propiedad, pues ello hace que podamos diferenciar dos relaciones jurídicas: la del propietario del token respecto de terceros, y la del propietario del token y el emisor del token, como sucede en las criptomonedas. El *asset token* o token de activos tiene un emisor, que se convierte en deudor respecto del propietario del token en relación con las obligaciones que certifica para proveer un servicio online. La relación entre el emisor del token y el propietario es un derecho de crédito, pero ello no convierte el derecho del token en un derecho real, como sucede en las criptomonedas, cuando se trata de relaciones con terceros. En consecuencia, resultan claves diversas cuestiones en aras de regular los tokens, por tratarse de un derecho real o un derecho de crédito según su ámbito material de aplicación: la pérdida de control sobre el token; la eventual alteración del token por un *hacker*; la protección *erga omnes,* de tratarse de un derecho real; la clase de posesión del token, que deberá ser mediata; y, finalmente, la imposibilidad de transmitir el token sin la intervención de mineros o terceros. La solución que debería adoptarse al respecto es una adaptación legislativa para que el objeto tokenizado tenga las mismas garantías en el tráfico jurídico que el que no lo esté, con previsiones específicas para cada tipo de contrato y, en particular, su adaptación al Derecho del consumo.

En definitiva, la Tokenización implica la extensión de la tecnología *blockchain* a un objeto, de manera que los titulares de los tokens puedan utilizar un bloqueo inteligente para excluir a terceros mediante una clave privada. Este control permanente del objeto y la facultad de exclusión materializan la *smart property* que Szabo concibió (SZABO, 1996). Sin duda, la Tokenización está muy vinculada al desarrollo tanto de la tecnología *blockchain* como del IoT[102], por lo que deberemos prestar atención a una evolución difícil de prever, pero que va a incorporar supuestos que actualmente no son susceptibles de articularse mediante un *smart contract.* El IoT facilita el control del objeto de un contrato, y la Tokenización permite el control de la propiedad o el uso del objeto. Por tanto, cuando el objeto se encuentre vinculado mediante el IoT al *smart contract*, será posible atender a un cambio de titularidad formal, con la firma electrónica del titular de dicha modificación, pero para comprobar el cambio en la situación posesoria será necesaria, además, la Tokenización del objeto. Todo ello, junto con la tecnología *blockchain,* hace que en un futuro los *smart contracts* pongan en jaque, o al menos hagan replantearse, la configuración actual de tres instituciones: el papel del Notario, pues una adecuada programación puede reducir su necesidad material en el ámbito de la contratación civil y mercantil, por lo que subsistiría para otros negocios jurídicos; la función de calificación del Registrador de la Propiedad, porque puede hacerlo la tecnología *blockchain;* e incluso la propia existencia o necesidad del Registro de la Propiedad, cuya función es la constitución o publicación de titularidades inatacables, porque la Tokenización posibilita materialmente el control de una

[102] STARK (2016) indica que puede alterar la naturaleza de las transacciones comerciales. Sobre la vinculación del IoT y de *blockchain* para garantizar la seguridad de las transacciones, véase BISWAS (2018, pp. 1-10).

finca, la exclusión de terceros e impide la consolidación de realidades extrarregistrales como la usucapión *contra tabulas*.

6. Conclusiones

Los *smart contracts* plantean una serie de ventajas[103], relacionadas con la eficiencia material que implica la sustitución de la confianza de las partes por un control informático externo de las vicisitudes en la formación y ejecución del contrato. Esta confianza virtual se sustenta en tres elementos: la inmutabilidad de los eventos, pues quedan registrados sin posibilidad de alteración en la cadena de bloques; el cumplimiento de las prestaciones, que no se somete a la interpretación humana y se automatizan los remedios frente al incumplimiento; y la autoejecución del contrato conforme a lo pactado y programado.

Sin embargo, muchos son los retos[104] que una aplicación extensiva de los *smart contracts* debe afrontar, como la utilización de un lenguaje menos técnico que los haga accesibles al público en general, y una regulación detallada y armonizada a nivel europeo que evite los abusos y solucione los desajustes analizados a lo largo de este trabajo. Principalmente, se refieren a la dificultad para programar los eventos extrínsecos al contrato, lo que obstaculiza la automatización de la ineficacia en sentido estricto, la extensión de los vicios del consentimiento al *M2M contract* posterior, y las limitaciones derivadas de una aplicación acrítica de la codificación que ocasione resultados inadecuados. Por todo ello, podemos concluir que el éxito y la extensión de los *smart contracts,* para que se consolide como la evolución del comercio electrónico y constituya la alternativa al comercio tradicional, dependerá, por un lado, de la simplificación y, por otro lado, de la protección y seguridad jurídica que la codificación informática y la legislación proporcionen.

7. Bibliografía

Joseph ABADI, Markus K. BRUNNERMEIER (2019), "Blockchain Economics", *CEPR Discussion Paper,* DP13420, págs. 1-53 (https://ssrn.com/abstract=3310346).

Mustafa AL-BASSAM (2017), "SCPKI: A Smart Contract-based PKI and Identity System", *Proceedings of the ACM Workshop on Blockchain, Cryptocurrencies and Contracts 2017,* págs. 1-6.

Mustafa AL-BASSAM, Alberto SONNINO, Shehar BANO, Dave HRYCYSZYN, George DANEZIS (2018), "Chainspace: A Sharded Smart Contracts Platform", *Network and Distributed Systems Security Symposium 2018,* págs. 1-16 (https://www.semanticscholar.org/paper/Chainspace%3A-A-Sharded-Smart-Contracts-Platform-Al-Bassam-Sonnino/11628f59857d7a85971e8b68496016e9d1737d9d).

[103] Sobre las ventajas, O'SHIELDS (2017, p. 183) indica que presenta una mayor rapidez y cuidado en las transacciones, mayor eficiencia y un mayor cumplimiento, reduciendo los costes por litigación. También se observa, como señala KEMP (2018, p. 18), una disminución de las tasas de error en determinadas operaciones, reducción de costos, retrasos injustificados, en virtud de más automatización, una reducción de la intermediación e intervención directa. Sobre las ventajas e inconvenientes en su conjunto, véase ALLAM (2018, pp. 137-156).

[104] SALVADOR (2018, pp. 1-5) plantea algunos de los interrogantes que hemos pretendido resolver a lo largo de este artículo, referidos a la *selfhelp* o autoayuda, el alcance del pacto comisorio, la *exceptio non adimpleti contractus,* y el papel del Derecho del consumo.

Maher ALHARBY, Aad VAN MOORSEL (2017), "Blockchain-based smart contracts: a systematic mapping study", *Computer Science & Information Technology,* págs. 125-140 (https://www.semanticscholar.org/paper/Blockchain-based-Smart-Contracts%3A-A-Systematic-Alharby-Moorsel/5a0e7eebceec42686d39b42de17820f0781a61aa#paper-header).

Jawad ALI, Toqeer Ali SYED, Shahrulniza MUSA, Ali ALZAHRANI (2018), "Towards Secure IoT Communication with Smart Contracts in a Blockchain Infrastructure", *International Journal of Advanced Computer Science and Applications,* vol. 9, núm. 10, págs. 584-591.

Muhammad Salek ALI, Massimo VECCHIO, Miguel Rodrigo PINCHEIRA CARO, Koustabh DOLUI, *et al.* (2018), "Applications of Blockchains in the Internet of Things: A Comprehensive Survey", *IEEE Communications Surveys & Tutorials,* vol. 21, núm. 2, págs. 1676-1717.

Zaheer ALLAM (2018), "On Smart Contracts and Organizational Performance: A Review of Smart Contracts through The Blockchain Technology", *Review of Economic Business Studies,* vol. 11, núm. 2, págs. 137-156.

Ahmed ALMASOUD, Maged M. ELJAZZAR, Farookh Khadeer HUSSAIN (2018), "Toward a self-learned Smart Contracts", *IEEE 15th International Conference on e-Business Engineering,* págs. 1-6.

Cristina ARGELICH COMELLES (2019), "Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 771, págs. 13-65.

Benito ARRUÑADA (2018), "Blockchain's Struggle to Deliver Impersonal Exchange", *Minnesota Journal of Law Science & Technology,* vol. 19, núm. 1, págs. 55-105 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2903857).

Kevin ASHTON (2009), "That 'Internet of Things' Thing; In the real world, things matter more than ideas", *RFID Journal* (https://www.rfidjournal.com/articles/pdf?4986).

Nicola ATZEI, Massimo BARTOLETTI, Tiziana CIMOLI (2017), "A survey of attacks on Ethereum smart contracts", *Proceedings of the 6th International Conference on Principles of Security and Trust,* vol. 10204, págs. 1-23.

James BELLAMY, Chris HILL (2016), "Can the Blockchain Make Our Contracts Smarter?", *Cyberspace Lawyer NL 2,* vol. 21, núm. 11, págs. 6-12.

Karthikeyan BHARGAVAN, Antoine DELICNAT-LAVAUD, Cédric FOURNET, *et al.* (2016), "Formal verification of smart contracts: Short Paper", en PLAS'16, *Proceedings of the 2016 ACM Workshop on Programming Languages and Analysis for Security,* New York, ACM, págs. 91-96 (https://dl.acm.org/citation.cfm?id=2993611).

Sujit BISWAS, Kashif SHAIF, Fan LI, Yu WANG *et al.* (2018), "A Scalable Blockchain Framework for Secure Transactions in IoT", *IEEE Internet of Things Journal,* núm. 9, págs. 1-10.

Rainer BÖHME (2015), "Bitcoin: Economics, Technology and Governance", *Journal of Economic Perspectives,* vol. 29, núm. 2, págs. 213-238.

Joseph F. BORG, Tessa SCHEMBRI (2019), "The regulation of blockchain tecnology", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2019,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/15-the-regulation-of-blockchain-technology).

Lee A. BYGRAVE, (2015), *Internet Governance by Contract,* Oxford, Oxford University Press.

Daniel CAWREY (2016), "Why Ethereum Needs 'Dumb' Contracts", *CoinDesk* (https://www.coindesk.com/ethereum-dao-dumb-smart-contracts).

Dimitris CHATZOPOULOS, Sujit GUJAR, Boi FALTINGS, Pan HUI (2018), "Privacy Preserving and Cost Optimal Mobile Crowdsensing Using Smart Contracts on Blockchain", *2018 IEEE 15th International Conference on Mobile Ad Hoc and Sensor Systems (MASS),* págs. 442-450.

Jiin-Chiou CHENG, Narn-Yih LEE, Chien CHI, Yi-Hua CHEN (2018), "Blockchain and Smart Contract for Digital Certificate", en IEEE, *Proceedings of IEEE International Conference on Applied System Innovation,* Chiba, IEEE, págs. 1046-1051.

Zhu CHENWEI (2004), "In Code, We Trust? Regulation and Emancipation in Cyberspace", *SCRIPT-ed,* vol. 1, núm. 4, págs. 585-610.

Konstantinos CHRISTIDIS, Michael DEVETSIKIOTIS (2016), "Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things", *IEEE Access,* vol. 4, págs. 2292-2303 (https://ieeexplore.ieee.org/document/7467408).

Franca CIAMBELLA, En-Lai CHONG (2019), "Singapore", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/singapore).

Jenny CIEPLAK, Simon LEEFATT (2017), "Smart Contracts: A Smart way to automate performance", *Georgetown Law Technology Review,* vol. 1, núm. 2, págs. 417-427.

Christopher D. CLACK, Vikram A. BAKSHI, Lee BRAINE (2017), "Smart contract templates: essential requirements and design options", *ArXiv eprints,* págs. 1-15.

CNMV (2018), *Criterios en relación con las ICOs,* de 20 de septiembre de 2018, págs. 1-4 (http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOs.pdf).

- (2019), *Preguntas y Respuestas dirigidas a empresas FinTech sobre actividades y servicios que pueden tener relación con la CNMV* (https://www.cnmv.es/docportal/Legislacion/FAQ/QAsFinTech.pdf).

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (2019), *Abogacía Futura 2020: áreas de negocio emergentes* (https://www.congresoabogacia.es/noticia/presentacion-del-informe-abogacia-futura-2020-areas-de-negocio-emergentes-un-mundo-de-oportunidades-por-explorar/).

Olena DEMCHENKO (2018), "CRAB Technology Platforms and CRAB Technology Based Smart Contracts. Benefits, Ways of Application, Legal Challenges and Future Development", *Pécs Journal of International and European Law,* núm. 11, págs. 44-53.

Josias N. DEWEY (2019), "USA", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/usa).

Conrad DRUZETA, Simon GRANT, Matthew PETERS (2019), "Canada", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/canada).

Mateja DUROVIC, André JANSSEN (2018), "The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law", *European Review of Private Law,* vol. 26, núm. 6, págs. 753-771.

Vimal Kumar DWIVEDI, Alex NORTA, (2018), "A Legally Relevant Socio-Technical Language Development for Smart Contracts", *2018 IEEE 3rd International Workshops on Foundations and Applications of Self Systems,* págs. 1-4 (https://ieeexplore.ieee.org/document/8599523).

Marina ECHEBARRÍA SÁENZ (2017), "Contratos electrónicos autoejecutables (smart contract) y pagos con tecnología blockchain", *Revista de Estudios Europeos,* núm. 70, págs. 69-97 (http://www.ree-uva.es/images/numeros/70/2017-70-69-97.pdf).

EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM (2019), *Legal and Regulatory framework of blockchains and smart contracts* (https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf?width=1024&height=800&iframe=true).

FINANCIAL TIMES (2019), "Cryptocurrency Visa card could open a back door for dirty money" (https://www.ft.com/content/7b823d04-809b-11e9-9935-ad75bb96c849).

Michèle FINCK (2019), "Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR", *International Data Privacy Law,* vol. 9, núm. 2, págs. 78-94 (https://academic.oup.com/idpl/advance-article/doi/10.1093/idpl/ipz004/5488488).

FINMA (2018), *Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs),* págs. 1-11 (https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/).

FORBES (2019), "Secretary-General Says United Nations Must Embrace Blockchain" (https://www.forbes.com/sites/michaeldelcastillo/2019/12/28/secretary-general-says-united-nations-must-embrace-blockchain/#5b2296181379).

Martin FRIES (2018), "Private Law Compliance through Smart Contracts?", *Compliance Elliance Journal,* vol. 4, núm. 1, págs. 11-18.

- (2018), "Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?", *Anwaltsblatt,* núm. 2, págs. 86-90.

Joey GARCIA, Jonathan GARCIA (2019), "Gibraltar", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/gibraltar).

Emmanuelle GANNE (2018), *¿Pueden las cadenas de bloques revolucionar el comercio internacional?,* Lausanne, Publicaciones de la OMC.

Jack GILCREST, Arthur CARVALHO (2018), "Smart Contracts: Legal Considerations", *IEEE International Conference on Big Data,* págs. 1-5.

Alfonso GONZÁLEZ GOZALO (2013), "La formación del contrato", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Maria Susana QUICIOS MOLINA (Coordinadores), *Tratado de Contratos,* vol. 1: Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 747-840.

Manuel GONZÁLEZ-MENESES (2019), *Entender Blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido,* Cizur Menor, Aranzadi.

Stefan GRUNDMANN, Philipp HACKER (2017), "Digital Technology as a Challenge to European Contract Law - From the Existing to the Future Architecture", *European Review of Contract Law,* núm. 13, págs. 255-293 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3003885).

Daniel HAEBERLI, Stefan OESTERHELT, S., Alexander WHERLOCK (2019), "Switzerland", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland).

Teresa HUALDE MANSO (2016), *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo,* Madrid, Dykinson.

Gayle M. HYMAN, Matthew P. DIGESTI, (2017), "New Nevada Legislation recognizes blockchain and smart contracts tecnologies", *Nevada Lawyer,* núm. 25, págs. 13-17 (https://www.nvbar.org/wp-content/uploads/NevadaLawyer_Aug2017_Blockchain-1.pdf).

Gary J. JOHNSON, (2017), "Planning the future: blockchain Technology and the Insurance Industry", *In-House Defense Quarterly,* núm. 73, págs. 73-78 (https://www.rbmn.com/wp-content/uploads/2017/10/16J1065-GLJ-BLOCKCHAIN-TECHNOLOGY_.pdf).

Richard KEMP (2018), "Legal Aspects of Artificial Intelligence (v2.0)", *Cyberspace Lawyer NL 2,* vol. 22, núm. 1, págs. 1-48.

Joshua KRUMHOLZ, Ieuan MAHONY (2019), "Blockchain and intellectual property: A case study", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2019,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/4-blockchain-and-intellectual-property-a-case-study).

Karl LARENZ (1963), *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung "Veränderter Umstände" im Zivilrecht,* Berlin-München, C.H. Beck.

Priit LATT (2019), "Estonia", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/estonia).

Antonio LEGERÉN MOLINA (2018), "Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los smart contracts", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 2, págs. 193-241.

- (2019), "Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de blockchain", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm. 1, págs. 177-237.

Lawrence LESSIG (1999), *Code and Other Laws of Cyberspace,* New York, Basic Books, 1999.

Loi LUU, Duc-Hiep CHU, Hrishi OLICKEL, Prateek SAXENA, *et al.* (2016, "Making Smart Contracts Smarter", en CCS 2016, *Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security,* New York, ACM, págs. 254-269.

Bridget MARSH, Josias N. DEWEY (2019), "The loan market, blockchain, and smart contracts: the potential for transformative change", en Josias N. DEWEY, (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/03-the-loan-market-blockchain-and-smart-contracts-the-potential-for-transformative-change).

Stephen M. MCJOHN, Ina MCJOHN (2016), "The Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transactions", *Uniform Commercial Code Law Journal,* núm. 16-13, págs. 1-23.

Eliza MIK (2017), "Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and real World Complexity", *Law, Innovation and Technology,* vol. 9, núm. 2, págs. 269-300.

Miguel Ángel MORENO NAVARRETE (1999), *Contratos electrónicos,* Madrid, Marcial Pons.

Reggie O'SHIELDS (2017), "Smart contracts. Legal agreements for the blockchain", *North Carolina Banking Institute,* vol. 21, núm. 1, págs. 177-194.

Emiliano B. OCARIZ (2018), *Blockchain y Smart contracts. La revolución de la confianza,* Madrid, RC Libros.

Mike ORCUTT (2019), "Once hailed as unhackable, blockchains are now getting hacked", *MIT Technology Review* (https://www.technologyreview.com/s/612974/once-hailed-as-unhackable-blockchains-are-now-getting-hacked/).

Maria Ángeles PARRA LUCÁN (2015), "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret,* núm. 4, págs. 1-54 (http://www.indret.com/pdf/1187_es.pdf).

Christophe PERCHET, Juliette LOGET, Stéphane DANIEL (2019), "France", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/france).
Douglas E. PHILLIPS (2009), *The Software License Unveiled: how legislation by License Controls Software Access,* Oxford, Oxford University Press.

Dan PUTERBAUGH (2017), "The future of contracts: automation, blockchain and smart contracts", *The Australian corporate lawyer,* vol. 27, núm. 1, págs. 24-26.

Max RASKIN (2017), "The Law and Legality of Smart Contracts", *Georgetown Law Technology Review,* núm. 305, págs. 1-37.

Raúl ROJAS (2017), "Los Smart Contract o contratos inteligentes en el ámbito laboral", *Revista Byte* (https://ecija.com/wp-content/uploads/2017/05/Los-Smart-Contract-o-contratos-inteligentes-en-el-%C3%A1mbito-laboral.pdf).

Pablo SALVADOR CODERCH (2009), "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *InDret,* núm. 4, págs. 1-60 (http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf).

- (2018), "Contratos inteligentes y derecho del contrato", *InDret,* núm. 3, págs. 1-5 (http://www.indret.com/pdf/editorial__1.pdf).
-

Alexander SAVELYEV (2017), "Contract Law 2.0: "Smart" contracts as the beginning of the end of classic contract law", *Information & Communications Technology Law,* págs. 3-24.

- (2018), "Some risks of tokenization and blockchainizaition of private law", *Computer Law & Security Review,* 34, págs. 863-869.

John SCHINDLER (2017), "FinTech and Financial Innovation: Drivers and Depth", *Finance and Economics Discussion Series 2017-081,* Washington, Board of Governors of the Federal Reserve System, 2017, págs. 1-16.

Jeremy M. SKALAROFF (2017), "Smart Contracts and the Cost of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 166, págs. 263-303 (https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9605&context=penn_law_review).

Josh STARK (2016), "How Close Are Smart Contracts to Impacting Real-World Law?", *CoinDesk* (https://www.coindesk.com/blockchain-smarts-contracts-real-world-law).

- (2016), "Making sense of Blockchain Smart Contracts" (https://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts).

Vasilisa STRIZH, Dimitry DIMITRIEV, Anastasia KISELEVA (2019), "Russia", en Josias N. DEWEY (Editor), *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2020,* London, Global Legal Insights (https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/russia).

Nick SZABO (1996), "Smart contracts: building blocks for digital markets", *Extropy: The Journal of Transhumanist Thought,* vol. 16 (http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html).

Alexander TAPSCOTT, Don TAPSCOTT (2016), *Blockchain revolution: how the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world,* New York, Penguin Random House.

Carlos Enrique TUR FAÚNDEZ (2018), *Smart Contracts. Análisis jurídico,* Madrid, Reus.

UNCITRAL (2017), *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development. Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law,* Vienna, United Nations (http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/17-06783_ebook.pdf).

- (2018), *Legal aspects of smart contracts and artificial intelligence: submission by the Czechia* (http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/CN.9-960_CZ_proposal.pdf).

UNIDROIT (2017), *Work Programme for the triennial period 2017-2019* (https://www.unidroit.org/about-unidroit/work-programme).

- (2019), *Draft Triennial Work Programme 2020-2022,* págs. 1-54 (https://www.mpo.cz/assets/cz/zahranicni-obchod/mezinarodni-organizace-a-obchod/uncitral/uncitral-e-commerce/2019/4/cd-98-14-e.pdf).

Aura Esther VILALTA NICUESA (2019), *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain,* Madrid, Wolters Kluwer.

Angela WALCH (2018), "In Code(rs) we trust: software developers as fiduciaries in public blockchains", en Georgios DIMITROPOULOS, Stefan EICH, Philipp HACKER, Ioannis LIANOS (Editors), *The Blockchain Revolution: Legal and Policy Challenges,* Oxford, Oxford University Press, págs. 4-27.

Kevin WERBACH, Nicolas CORNELL (2017), "Contracts ex machina", *Duke Law Journal,* núm. 67, págs. 313-382.

Thomas WILHELMSSON (2004), "The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law", *Journal of Consumer Policy,* vol. 27, núm. 3, págs. 317-337.

WORLD ECONOMIC FORUM (2016), "The future of financial infrastructure. An ambitious look at how blockchain can reshape financial services" (http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_future_of_financial_infrastructure.pdf).

Rui YUAN, Yu-Bin XIA, Hai-Bo CHEN, Jan XIE, *et al*. (2018), "ShadowEth: Private smart contract on public blockchain", *Journal of Computer Science and Technology,* vol. 33, núm. 3, págs. 542-556.

InDret
2.2020

Luis María Miranda Serrano
Universidad de Córdoba
-

El nombre como limitación del derecho de marca tras el Real Decreto-ley 23/2018: Avances significativos en el proceso de industrialización de la denominación social

Sumario

-

La adaptación del Derecho español a la Directiva de Marcas de 2015, obra del Real Decreto-ley 23/2018, ha modificado la regulación de la limitación del derecho de marca relativa al uso del nombre en el tráfico económico. Si con anterioridad a ese momento la Ley de Marcas aludía al "nombre" en general, sin especificar si dicho término incluía sólo el nombre civil o patronímico o comprendía también la denominación social, con posterioridad a él exige expresamente que el "nombre" lo sea "de una persona física". Razón por la cual está ya fuera de duda que el uso de la denominación social en el tráfico económico no constituye jurídicamente una limitación del derecho de marca. Como se infiere del título de este trabajo, el propósito principal que en él se persigue consiste en analizar este cambio normativo y las consecuencias que de él se derivan. El autor centra especialmente su atención en explicar cómo la nueva regulación de este asunto derivada del Real Decreto-ley 23/2018 representa un avance significativo en el reconocimiento de carácter distintivo a la denominación social. A su juicio, se trata de un paso al frente decisivo en el camino conducente a la industrialización de esta figura societaria, por el que ya viene transitando desde hace algunas décadas. Y es que, en efecto, a partir de estos cambios normativos parece reconocerse expresamente a todo uso de la denominación social en el tráfico económico una aptitud distintiva de las prestaciones que el ente colectivo ofrece al mercado en el ejercicio de las actividades constitutivas de su objeto social. Lo que explica, por un lado, que dicho uso no se considere una limitación del derecho de marca y, por otro y en coherencia con lo anterior, que frente a él pueda reaccionar el titular de un signo distintivo prioritario (marca o nombre comercial) mediante el ejercicio de su "ius prohibendi". En opinión del autor, el proceso de industrialización referido, acentuado por el Real Decreto-ley 23/2018, es inevitable, dadas las dos dimensiones que son inherentes a la denominación social: una personal o subjetiva y otra objetiva y patrimonial.

Abstract

-

The adaptation of Spanish Law to the Trademark Directive of 2015, carried out by the Royal Decree-law 23/2018, has modified the regulation of the limitation of the trademark right related to the use of the name in the course of trade. Until that moment the Trademark Law referred to the "name" in general, without specifying whether that term included only the civil or patronymic name or the company name as well. Nevertheless, after that moment it expressly requires that the "name" must be "of a natural person". Therefore, it is unquestionable that the use of the company name in the course of trade does not currently constitute a limitation of the trademark right. As inferred from its title, this paper has the main purpose to analyze this normative change and the consequences derived from it. The author focuses on explaining how the new regulation of this issue derived from Royal Decree-law 23/2018 represents a significant advance in the recognition of a distinctive character to the company name. From his point of view, it is a decisive step in order to complete the industrialization process followed by this figure of Company Law for some decades now. In fact, from these

normative changes it seems that it is expressly recognize all use of the company name in the course of trade has a distinctive aptitude in relation to the goods or services that the company offers to the market in the exercise of the activities constituting its corporate purpose. Consequently, this use is not considered a limitation of the trademark right. In addition, the holder of a previous sign (trademark or trade name) has the right to react against it by exercising his "ius prohibendi". The author concludes that, in his opinion, the industrialization process of the comapny name, accentuated by Royal Decree-Law 23/2018, is inevitable, due to the two dimensions that are inherent to it: one personal or subjective and another objective and patrimonial.

Title: *The name as limitation of the trademark right after Royal Decree-Law 23/2018: Significant advances in the industrialization process of the company name*

-

Palabras clave: *limitaciones del derecho de marca, denominación social, proceso de industrialización de la denominación social, conflictos entre marcas y denominaciones sociales, ius prohibendi, Directiva de Marcas de 2015*

Keywords: *limitations of the trademark right, company name, industrialization process of the company name, conflicts between trademarks and company names, ius prohibendi, Trademark Directive of 2015*

-

InDret

2.2020

Recepción
26/11/2019
-
Aceptación
26/12/2019
-

Índice

-

1. Planteamiento: Consideraciones preliminares acerca del uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca
2. Nudo: Cambios en la regulación del uso del nombre en el tráfico económico tras la Directiva de Marcas de 2015 y el Real Decreto-ley 23/2018 y sus consecuencias sobre la disciplina marcaria de la denominación social
2.1. Introducción y propósito
2.2. El uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca con anterioridad a la Directiva de Marcas de 2015 y al Real Decreto-ley 23/2018
a. Los materiales normativos
b. La interpretación del TJUE
c. La interpretación de la doctrina y la jurisprudencia española
a) Doctrina
b) Jurisprudencia
2.3. El uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca con posterioridad a la Directiva de Marcas de 2015 y al Real Decreto-ley 23/2018
a. Los nuevos materiales normativos y los relevantes cambios que introducen
a) Exposición: La nueva redacción de los artículos 37.1 letra a) y 34.3 letra d) LM
i. El artículo 37.1 letra a) LM: El uso de la denominación social en el tráfico económico no constituye una limitación del derecho de marca
ii. El artículo 34.3 letra d) LM: El uso en el tráfico económico de una denominación social confundible puede ser marcariamente perseguido
iii. *Excursus* acerca de las exigencias necesarias para la activación del *ius prohibendi* frente al uso en el tráfico económico de una denominación social confundible
iv. Relevancia de los materiales normativos expuestos para la disciplina marcaria de la denominación social
b) Valoración: Bienvenida a estos cambios por su acomodo a la realidad regulada
i. Preliminar: Juicio esencialmente positivo de los cambios expuestos
ii. La compleja —pero necesaria— diferenciación entre uso de la denominación social en el tráfico económico y en el tráfico jurídico
iii. El acierto de dejar a la denominación social fuera de la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico económico
b. El engarce de los cambios analizados con el proceso de industrialización de la denominación social
a) Preliminar
b) La fase inicial
c) La fase de consolidación
d) La fase de reforzamiento
3. Desenlace: Déficits de la disciplina marcaria de la denominación social que sería conveniente solventar y conclusión final
4. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Planteamiento: Consideraciones preliminares sobre el uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca*

La cuestión relativa a si en el Derecho español la denominación social tiene o no la consideración de signo distintivo, parece que ha de merecer hoy —al menos en principio— una respuesta negativa[1]. En nuestra comunidad jurídica se acepta que sólo revisten dicha consideración la marca, el nombre comercial y el rótulo de establecimiento[2]. No ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el francés, el italiano o el alemán. Si bien en todos ellos se concibe como un distintivo de segundo grado, dotado de una protección mucho más exigua que la dispensada a la marca[3].

Ahora bien, una cosa es que para nuestra comunidad jurídica la denominación social no sea un distintivo empresarial y otra muy distinta que en las normas que vienen promulgándose en las últimas décadas se vislumbren avances en el reconocimiento de carácter distintivo a esta figura societaria. Tan es así que no parece desacertado sostener que, desde hace ya algún tiempo, la denominación social se encuentra inmersa en nuestro ordenamiento en un paulatino —pero decidido— "proceso de industrialización", encaminado a hacer de ella un bien de propiedad industrial[4].

Entre las normas que permiten constatar este proceso de cambio han de situarse, precisamente, las reguladoras del asunto del que voy aquí a ocuparme: el uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca. Como se sabe, el Derecho marcario atribuye al titular de un signo distintivo un derecho de exclusiva que le faculta para monopolizar su uso en el mercado en relación con determinadas realidades empresariales. Pero este

* Autor de contacto: *Luis Maria Miranda Serrano, dp1misel@uco.es*. Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía Industria y Competitividad, en el marco del Proyecto de investigación "Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución" (Ref. DER2017-85652-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ.

[1] Aunque en las normas vigentes se habla de "denominación social" y de "razón social", aquí utilizaré los términos "denominación social", por ser los genéricos con los que se designa hoy a esta figura societaria. Resulta, no obstante, obligado reconocer que la denominación social puede ser objetiva y subjetiva, correspondiéndose la subjetiva con la "razón social": MIRANDA SERRANO (1997), págs. 114 y ss.; GARRIDO CERDÁ (1991), págs. 610 y 611; BAUZÁ GAYÁ (1997), págs. 18 y 19; entre otros.

[2] Como se sabe, sólo los dos primeros se benefician de la protección registral conferida por la legislación marcaria. Así se desprende de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: BOE núm. 294, de 08/12/2001 (en adelante, LM 2001). Con anterioridad a ella existía también la posibilidad de registrar el rótulo de establecimiento: al respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1983), págs. 149 y ss.; RÍO BARRO (1984-85), págs. 133 y ss.; y BANÚS DURÁN (1990), págs. 141 y ss. Pero dicha posibilidad desapareció tras su entrada en vigor, lo que ha de valorarse positivamente —en la dirección propuesta en su día, *ad ex.*, por GONDRA ROMERO (1997), pág. 42—. En la Exposición de Motivos de la LM 2001 se dice al respecto que esta Ley "alineándose con los sistemas de nuestro entorno político y económico, suprime el carácter registral de los rótulos de establecimiento, dejando la protección de esta modalidad de propiedad industrial a las normas comunes de competencia desleal". Sobre la protección dispensada en nuestro Derecho al rótulo de establecimiento tras la LM 2001: MASSAGUER FUENTES (2002.a), págs. 7 y ss.; ÍDEM, (2002.b), págs. 37 y ss; DE LA FUENTE GARCÍA (2002), págs. 3 y ss.; y, por todos, GÓMEZ MONTERO (2001), págs. 99 y ss.

[3] Al respecto, entre nosotros: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 157 y 245 y ss. (Derecho italiano) y pags. 158 y 253 y ss. (Derecho francés), y más recientemente CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 128 y ss. (con alusión también al ordenamiento alemán). En la doctrina extranjera: CARTELLA (1996), págs. 27 y ss.; VANZETTI (2018), págs. 138 y ss; MARINO (2013), págs. 122 BERTRAND (2002), págs. 537 y ss.; ÍDEM (2005), págs. 355 y ss.; GALLOUX (2003), págs. 548 y ss. PASSA (2009), págs. 683 y ss.; POLLAND-DULIAND (2011), págs. 653 y ss.

[4] A este "proceso de industrialización" de la denominación social se refirió inicialmente en tono crítico FONT GALÁN (1997), págs. 9 y ss., al hablar del "riesgo de industrialización de la denominación social" y de la "inculturización industrialista del régimen de los nombres sociales". Más tarde se ahonda en él, a propósito de los cambios introducidos por la LM 2001 en la disciplina de la denominación social, en MIRANDA SERRANO (2007), págs. 9 y ss., a quien sigue recientemente CASADO NAVARRO (2019), págs. 102 y ss. Incluso la doctrina que mejor ha valorado y descrito la opción del legislador español por el establecimiento de un divorcio conceptual, funcional y normativo entre las denominaciones sociales y los signos distintivos, ha terminado reconociendo este proceso de cambio: PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2006), págs. 573 y 574. En esta dirección, no le falta razón a PERDICES HUETOS (2015) cuando señala que "en este punto —el de las denominaciones de fantasía— el derecho de las personas jurídicas está abocado a ser absorbido por el derecho de los signos distintivos".

derecho no es absoluto[5]. La exclusiva inherente al signo puede dar lugar a ciertas disfunciones perturbadoras de la necesaria transparencia del mercado que el Derecho tiene el deber de solventar[6].

Con la finalidad de corregir estas disfunciones, los legisladores marcarios someten el derecho de exclusiva a determinadas limitaciones, siendo una de ellas la que justamente aquí interesa: la tolerancia marcaria del uso del nombre en el tráfico económico. Con ella trata de ponerse remedio a la posible disfunción derivada de la colisión entre el legítimo interés del titular de un signo distintivo a gozar de un auténtico derecho de exclusiva sobre él y el legítimo interés de los operadores económicos a identificarse personalmente en el mercado a través de sus nombres[7].

Cabe decir, en otros términos, que el derecho de la personalidad que se ostenta sobre el nombre no permite a su titular hacer uso de él en todo caso como signo distintivo, porque en el mercado (tráfico económico) la expresión constitutiva del nombre está sujeta a las prohibiciones y limitaciones propias del Derecho de marcas. Pero, lógicamente, nada le impide recurrir a él en cuanto que instrumento de identificación personal[8].

Básicamente, sobre estas ideas pivota la fundamentación de la regla del uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca. Con ella trata de solucionarse equitativamente el conflicto entre el interés del titular registral en utilizar en exclusiva su signo distintivo y el interés del tercero en identificarse a través de su nombre en el tráfico económico. La solución consiste en disponer que, ante la existencia de un signo distintivo previo confundible con el nombre de un determinado operador económico, se impone a éste el deber de usar su nombre en el mercado a título descriptivo, pues sólo así puede afirmarse que se comporta con lealtad a los intereses del titular del signo prioritario[9].

> La limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico económico ha de relacionarse necesariamente con la figura de la "marca patronímica"[10]. No en vano, esta limitación parece estar pensada principalmente para el caso de que esté previamente registrado en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) un signo consistente en el propio nombre de su titular (piénsese, por ejemplo, en la existencia de la marca "Golosinas Yébenes Curto", formada por los apellidos de su titular, y la presencia en el mercado de un empresario que usa su nombre completo "Mario Yébenes Curto" sobre sus productos, pero no con fines distintivos sino para hacer pública su identidad como fabricante o productor)[11]. Ahora bien, en rigor, dicha limitación ha de conectarse también con otros supuestos de posible acaecimiento en la práctica[12]: 1º) El primero estriba en la constancia en la OEPM de un signo prioritario consistente en el nombre de un sujeto que, aunque distinto del titular registral, prestó a éste la debida autorización para la utilización marcaria de su nombre (piénsese, por ejemplo, en una persona conocida —como Antonio Banderas— que autoriza a un empresario —el Sr. J.M. Ochoa— el uso de su nombre como marca para diferenciar un determinado bien —por ejemplo, una colonia masculina—, lo que suele ser frecuente que ocurra, dado que en estos casos la fama o reputación del nombre repercute

[5] En lo que insiste, con apoyo en la doctrina del TJUE, la STS, 1ª, de 26.2.2016, núm. 2016/105 (M.P.: Pedro José Vela Torres), comentada por SUÑOL SERRA (2016.a), págs. 1 y ss.

[6] FERNÁNDEZ-NOVOA (1995), págs. 215 y 216; ÍDEM (2001), págs. 361 y 362; VANZETTI (2013), págs. 431 y ss.; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 300 y ss.; GALÁN CORONA (2008), págs. 602 y ss., entre otros muchos.

[7] *Ibídem.*

[8] GARCÍA VIDAL (2000), págs. 129 y 130.

[9] *Ibídem;* como señala este autor en otro lugar de esta misma obra (pág. 20), hay que diferenciar entre "uso descriptivo en sentido estricto" y "uso descriptivo en sentido amplio", debiendo entenderse el uso descriptivo del que hablamos en el texto como uso descriptivo en sentido amplio, que tiene lugar cuando se usa un signo igual o semejante al ajeno, pero con dicho uso no se menciona la realidad distinguida por el signo ajeno, sino con la finalidad de comunicar al público la identidad del productor.

[10] Sobre ella *v.* FLAQUER RIUTORT (1994-95), págs. 245 y ss.

[11] FERNÁNDEZ-NOVOA (2001), pág. 364; FLORIDIA (2006), pág. 125. O piénsese, igualmente, en la presencia en el mercado de un empresario que se llame Juan Osborne. Como es natural, dicho sujeto no podrá utilizar su patronímico (nombre civil) como marca para bebidas alcohólicas, pues si lo hiciera estaría conculcando un derecho de exclusiva previo y podría ser condenado a cesar en su conducta. Ahora bien, por aplicación de la disciplina de las limitaciones del derecho de marca, no puede imponerse a Juan Osborne la obligación de cambiar su nombre civil o de abstenerse de utilizarlo en el tráfico económico, siempre que lo haga de forma leal a los intereses de la marca Osborne: PAZ-ARES RODRÍGUEZ (1999), pág. 533; ALFARO ÁGUILA-REAL (2015).

[12] MIRANDA SERRANO (1997), págs. 314 y ss.

favorablemente sobre el producto). 2º) El segundo supuesto consiste en el registro en la OEPM de un signo que no tiene la consideración de patronímico, pese a ser confundible con el nombre que un determinado sujeto emplea en el tráfico económico para lograr su identificación (por ejemplo, al estar registrado como marca el signo "León" para designar material escolar, sin que dicho signo sea el apellido del titular registral ni de un tercero que le prestó su autorización, el Sr. M. León podrá utilizar su nombre para identificarse en el tráfico económico, pero no como distintivo empresarial)[13].

A fin de entender mejor la exigencia de que el uso del nombre en el tráfico económico se realice a título descriptivo y con lealtad a los intereses del titular del signo previo, ha de tenerse en cuenta que para que sea operativa la limitación que se analiza —y, en general, el resto de limitaciones admitidas por la ley—, la legislación marcaria vigente (nacional y europea) exige que el uso del nombre en el tráfico económico sea "conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial"; expresión que evoca las formulaciones de la cláusula general de la deslealtad vigentes en el ya periclitado "modelo profesional" o "corporativo" de la competencia desleal, reemplazado en nuestro ordenamiento desde 1991 por el "modelo social" o "institucional"[14].

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europa (en adelante: TJUE), la valoración de esta exigencia de lealtad es una tarea que incumbe a los órganos jurisdiccionales, quienes deben llevar a cabo una apreciación global de todas las circunstancias concurrentes. Bien entendido que, a su juicio, "(e)l requisito de práctica leal constituye esencialmente la expresión de una obligación de lealtad con respecto a los intereses legítimos del titular de la marca"[15].

Expresar esta exigencia de lealtad a través de los términos utilizados por nuestro legislador para definir con carácter general el comportamiento desleal (art. 4 de la Ley de 1991[16], ampliamente modificada en 2009[17]), conduciría a afirmar que el sujeto que usa su nombre en el tráfico económico ha de hacerlo siempre conforme a las exigencias de la buena fe en sentido objetivo, esto es, sin que dicho uso suponga un abuso del derecho a la identificación personal que le confiere el derecho sobre su nombre. De no ser así, estaríamos ante un uso contrario a la buena fe y, por consiguiente, desleal[18].

En palabras del TJUE, el cumplimiento del requisito de lealtad "debe apreciarse teniendo en cuenta, por una parte, en qué medida el público interesado o, al menos, una parte significativa de dicho público, podría entender que el uso del nombre por el tercero denota un vínculo entre los productos del tercero y el titular de la marca o una persona autorizada a utilizarla y, por otra parte, en qué medida el tercero debería haber sido consciente de ello. Asimismo, otro factor que ha de tenerse en cuenta al realizar esta apreciación es si se trata de una marca de cierto

[13] La base legal de los supuestos referidos se encuentra en el art. 9 LM 2001, intitulado "otros derechos anteriores"; en concreto, en su apdo. 1, letras a) y b) ["(s)in la debida autorización, no podrán registrarse como marcas: a) El nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca. b) El nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante"] y en su apdo. 2 ["(n)o podrán registrarse como marcas el nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro signo que identifique al solicitante del registro si los mismos incurren en alguna de las prohibiciones de registro contenidas en el presente Título"].

[14] Según la terminología acuñada por el profesor Aurelio MENÉNDEZ en su discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1988, *passim*).

[15] STJUE de 7.1.2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co.* (asunto C-100/02).

[16] Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: BOE, núm. 10, de 11/01/1991 (en lo sucesivo, LCD).

[17] Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios: BOE, núm. 315, de 31/12/2009.

[18] Entre otros, conectan la exigencia de la buena fe (*ex* art. 4 LCD) con la exigencia de conformidad con las prácticas leales en materia industrial y comercial: FERNÁNDEZ-NOVOA (2001*),* págs. 363 y 364*;* MIRANDA SERRANO (1997), págs. 300 y ss*.;* LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), págs. 581 y ss.; GALÁN CORONA (2008), págs. 604 y 605.

renombre en el Estado miembro en el que está registrada y en el que se solicita su protección, y si el tercero puede aprovecharse de dicho renombre para comercializar sus productos"[19].

Junto a lo expuesto, es necesario tener en cuenta que, aunque al regular las limitaciones del derecho de marca, el legislador contemporáneo ha dejado de exigir expresamente que el tercero no utilice su nombre a título distintivo, es claro que dicho requisito permanece. No es difícil considerarlo implícito en la exigencia de que el comportamiento sea "conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial". En consecuencia, sigue siendo relevante, a los efectos de interpretar la limitación que aquí se analiza, la determinación de cuándo hay o no utilización del nombre a título marcario.

Con un propósito orientativo —pues no pueden ocultarse las dificultades que se anudan a esta compleja tarea—, cabría entender que el tercero que quiera inmunizar el uso de su nombre en el tráfico frente a un determinado derecho de exclusiva preexistente, debería utilizar una marca junto a él. Además, sería muy aconsejable que la marca en cuestión estuviese conformada con caracteres tipográficos muy destacados respecto del nombre, de modo que fuera ella la dominante y captatoria del interés de los consumidores[20].

2. Nudo: Cambios en la regulación del uso del nombre en el tráfico económico tras la Directiva de Marcas de 2015 y el Real Decreto-ley 23/2018 y sus consecuencias sobre la disciplina marcaria de la denominación social

2.1. Introducción y propósito

Hechas las aclaraciones precedentes, interesa dejar constancia de que el uso del nombre en el tráfico económico ha pasado a tener una regulación sensiblemente diferente en nuestro Derecho tras el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre (en lo sucesivo: RDL 23/2018)[21], por el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva de marcas 2015/2436, de 16 de diciembre de 2015 (en adelante: DM 2015)[22].

En efecto, previamente a ese momento, la legislación marcaria española, en correspondencia con el art. 6.1 letra a) de la Directiva 89/104, de 21 de diciembre de 1988 (en lo sucesivo: DM 1988)[23], establecía como limitación del derecho de marca la utilización en el mercado del "nombre", sin especificar si con dicho término se aludía sólo al nombre civil o patronímico, propio de las personas físicas, o se incluía también el nombre de las personas jurídicas y, muy en particular, las denominaciones sociales, dada la especial relevancia que éstas poseen en el ámbito económico.

[19] STJUE de 16.11.2004, *Anheuser-Busch Inc.* (asunto C-245/02); *v.* también la STJUE de 17.3.2005, *Gillette* (asunto C-228/03), en la que el TJUE señala que "(e)l uso de la marca no resulta conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial, especialmente cuando: se realiza de modo que puede inducir a pensar que existe un vínculo comercial entre el tercero y el titular de la marca; afecta al valor de la marca al obtener indebidamente una ventaja de su carácter distintivo o de su reputación; desacredita o denigra dicha marca; o el tercero presenta su producto como imitación o réplica del producto que lleva la marca ajena".

[20] FERNÁNDEZ-NOVOA (2001), págs. 366 y 367; VANZETTI y DI CATALDO (2018), pág. 203; PORTELLANO DÍEZ (1995), pág. 381; MONTEAGUDO y SALELLES (1995), pág. 5485; LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), págs. 581 y 582, entre otros.

[21] Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados: BOE núm. 312, de 27/12/2018. Las reformas acometida por este Real Decreto-ley 23/2018 han ido acompañadas de las modificaciones introducidas, algunos meses más tarde, por el Real Decreto 306/2019, de 26 de abril, por el que se modifica el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio: BOE núm. 103, de 30/4/2019.

[22] Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida): DOUE, L 336/1 de 23/12/2015.

[23] Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas: DOUE, L 040, de 11/02/1988.

Sin embargo, tras la adaptación de nuestro Derecho a la DM 2015 llevada a cabo por el antecitado RDL 23/2018, las cosas han cambiado sustancialmente. Ya no se alude al "nombre" en general, sino que se requiere que el "nombre" lo sea "de una persona física". Razón por la cual parece estar ya fuera de duda que el uso de la denominación social en el tráfico económico no constituye una limitación del derecho de marca[24].

Como se infiere del título de este trabajo, el propósito principal que en él se persigue —y, por ende, el nudo o parte principal de su contenido— consiste en analizar este cambio normativo y las consecuencias que de él se derivan para la disciplina marcaria de la denominación social. Un asunto al que se refirió expresamente el Preámbulo del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley de Marcas de 2001 (en adelante: LM 2001) en los siguientes términos:

> "En cuanto a los límites del derecho de marca se mantienen los principios generales anteriores, salvo en dos puntos. El primero de ellos es la supresión del uso inmune en el tráfico económico del nombre comercial o denominación social, restringiendo esta libertad de uso sólo al nombre de las personas físicas y siempre que se haga, como ahora, de conformidad con las prácticas leales en materia industrial y comercial. Este mismo principio está contenido en la letra d) del artículo 34.3 de la presente Ley"[25].

Para llevar a cabo el propósito referido, diferenciaré dos etapas en la regulación de esta materia en nuestro Derecho: la ya derogada, que se corresponde con el Derecho anterior a la DM 2015 y al RDL 23/2018 [*infra*, 2.2]; y la vigente, que trae causa de la entrada en vigor de la DM 2015, orientada principalmente a superar la limitada aproximación de los sistemas de marcas de los Estados miembros de la Unión Europea conseguida por la anterior DM 1988 en relación con el registro y la gestión de las marcas, e incorporada a nuestro Derecho a través del referido RDL 23/2018 [*infra*, 2.3].

En el análisis de la segunda etapa pondré especial énfasis en destacar cómo la nueva regulación de este extremo incorporada a la vigente LM por el RDL 23/2018 representa un avance importante en el reconocimiento de carácter distintivo a la denominación social. Y es que con ella el legislador español —cierto es que obligado en este caso por el comunitario europeo—da un paso al frente —a mi juicio, decisivo— en el camino conducente a la "industrialización" de la denominación social, por el que viene transitando ya esta figura societaria desde hace algunas décadas[26].

2.2. La regulación el uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca con anterioridad a la Directiva de Marcas de 2015 y al Real Decreto-ley 23/2018

Con la finalidad de que la exposición sea clara —no se olvide, como decía Garrigues, que la claridad ha de ser la cortesía del jurista—, conviene diferenciar dentro del análisis de esta primera etapa entre, por un lado, los materiales normativos [*infra*, 2.2.a] y, por otro, la interpretación que de ellos realizaron tanto el TJUE [*infra*, 2.2.b] como la doctrina y los tribunales españoles [*infra*, 2.2.c].

a. Los materiales normativos

[24] De hecho, los primeros comentarios de la DM 2015 destacan entre sus novedades el circunscribir la limitación del uso del nombre en el tráfico sólo al nombre de las personas físicas: GARCÍA VIDAL (2016), pág. 6. Es más, no faltan quienes consideran que ésta es "una de las grandes novedades" del nuevo sistema de marcas introducido por la DM 2015: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 289. Y lo mismo se constata en los primeros comentarios de la LM tras las reformas acometidas por el RDL 23/2018: SUÑOL LUCEA (2019); FERNÁNDEZ DEL POZO (2019); entre otros.

[25] Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, disponible en http://www.oepm.es

[26] *V. supra*, nota 4.

En el Derecho español anterior a la DM 2015 los materiales normativos a tener en cuenta en esta materia pertenecían a dos leyes de marcas diferentes. Eran, por un lado, el art. 33.1 letra a) LM 1988[27] y, por otro, el art. 37 LM 2001, este último en su redacción originaria, previa a la entrada en vigor del RDL 23/2018[28].

Como se sabe, la promulgación en nuestro país de las dos leyes referidas en un espacio no demasiado largo de tiempo obedeció a la precipitación de nuestro legislador, que se aventuró a promulgar la LM 1988 con pocos días de antelación a la aprobación de la DM 1988, lo que le impidió incorporar en tu totalidad la normativa supranacional al ordenamiento español[29]. Esto explica que la LM 1988 naciera aquejada de una "vejez congénita", que trató de ser paliada por el legislador en 2001 a través de la promulgación de una Ley de nueva planta[30].

Aunque el tenor de ambas normas era parecido, cabía apreciar entre ellas algunas diferencias de interés. En concreto, el art. 33.1 letra a) LM 1988 establecía que "(s)*iempre que se haga de buena fe y no constituya uso a título de marca*, los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado: a) Su *nombre completo* y domicilio"[31]. Por su parte, el art. 37 LM 2001, en su redacción inicial —esto es, previa a diciembre de 2018—, disponía que "(e)l derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso en el tráfico económico, *siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial y comercial*: a) de su *nombre* y de su dirección"[32].

La comparación de estos dos preceptos permite inferir que fueron dos los cambios principales introducidos por el art. 37 LM 2001 en la legislación precedente: 1º) la alusión al "nombre" y no al "nombre completo", y 2º) el reemplazamiento de los términos "siempre que se haga de buena fe y no constituya uso a título de marca" por la expresión "siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial y comercial". A mi juicio, ambos merecen una valoración positiva. No en vano, con ellos no se hizo otra cosa que acomodar nuestro Derecho a la DM 1988, cuyo art. 6.1 letra a) establecía que "(e)l derecho conferido por la marca no permitirá a su titular que prohíba a los terceros el uso, en el tráfico económico: a) de su *nombre* y de su dirección (…) *siempre que este uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial*"[33].

Pero, al margen de lo anterior, interesa sobre todo subrayar que la letra del art. 6.1 letra a) DM 1988 parecía admitir que tan limitación del derecho de marca podía ser el uso —conforme a la buena fe y, por ende, leal— en el tráfico económico del patronímico como de la denominación social. No en vano, ésta es el nombre de la persona jurídica societaria y, como tal, la expresión denominativa que le sirve para identificarse como sujeto titular de derechos y obligaciones y centro de imputación de responsabilidades[34].

Se estará de acuerdo en que cuando la redacción de una norma es clara —como parecía serlo la del art. 6.1 a) DM 1988— es posible invocar—al menos teóricamente— el viejo apotegma latino *in claris non fit interpretatio*. Sin embargo, no puede desconocerse que esta clásica regla hemenéutica rara vez tiene aplicación en la práctica. Y así ocurrió también en este asunto. La claridad de la norma era sólo aparente. En el número 7 de las Declaraciones conjuntas del Consejo y de la Comisión de las Comunidades Europeas, incluidas en el Acta de la reunión del Consejo

[27] Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas: BOE núm. 272, de 12/11/1988 (en adelante: LM 1988).

[28] Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: BOE núm. 294, de 08/12/2001(en lo sucesivo: LM 2001).

[29] Lo que mereció la crítica de la mejor doctrina: BERCOVITZ ROGRÍGUEZ-CANO (1991), págs. 155 y ss.; FÉRNÁNDEZ-NOVOA (1991), pág. 23; BAYLOS CORROZA (1993), págs. 807 y ss.; entre otros.

[30] En la Exposición de Motivos LM 2001 puede leerse que con ella se persigue "incorporar a nuestra legislación de marcas las disposiciones de carácter comunitario e internacional a que está obligado o se ha comprometido el Estado español".

[31] La cursiva es mía.

[32] *Ibídem*.

[33] *Ibídem.*

[34] *Ad ex., v.* las definiciones de denominación social que ofrecen MARINA GARCÍA-TUÑÓN (1991), págs. 210 y ss.; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 117 y ss.; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), págs. 127 y ss.; CABANAS TREJO (2018.b), págs. 1 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), págs. 97 y ss.

en la que se aprobó la DM 1988, se aludía expresamente a cómo debía interpretarse el término "nombre" a los efectos del art. 6.1 letra a) DM 1988[35]. En concreto, se afirmaba allí sin ambages que, a juicio del Consejo y de la Comisión, "*los términos de su nombre* que figuran en la letra a) [del art. 6.1 DM 1988] *sólo son aplicables a las personas físicas*"[36].

A la vista del contenido de estas Declaraciones conjuntas, la exégesis del art. 6.1 letra a) DM 1988 era más compleja de lo que aparentemente parecía. El intérprete tenía que decidir si debía prevalecer el tenor literal de la norma y su genérica alusión al término "nombre", comprensivo de los patronímicos (personas físicas) y de las denominaciones sociales (personas jurídicas), o, por el contrario, había de acogerse la interpretación más restrictiva contenida en las referidas Declaraciones conjuntas, que dejaban extramuros del vocablo "nombre" a las denominaciones de los entes colectivos[37].

A favor de la segunda opción interpretativa cabía invocar la existencia de casos singulares en los que el TJUE había reconocido utilidad a determinadas Declaraciones conjuntas del Consejo y de la Comisión para fundamentar la interpretación de ciertas normas jurídicas, siempre que no fuesen empleadas con la finalidad de colmar verdaderas lagunas legales. Ahora bien, este dato no tenía que conducir irremediablemente a sostener que el término "nombre", *ex* art. 6.1 letra a) DM 1988, abarcaba sólo el patronímico de las personas físicas. Sobre todo, a la vista de que en otros casos el Alto Tribunal europeo no había dudado en prescindir por completo del contenido de ciertas Declaraciones conjuntas a la hora de interpretar otros términos también incluidos en normas comunitarias[38].

Además, la publicación de las Declaraciones conjuntas sobre la DM de 1988 en el Diario Oficial de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) fue precedida de una advertencia general insertada en su Preámbulo, donde se indicaba con claridad que, al quedar dichas Declaraciones fuera del texto legal, su contenido en modo alguno podía prejuzgar la interpretación de la DM 1988 que en su día llevara a cabo el TJUE[39].

Por otra parte, como argumento favorable a la primera solución interpretativa —la que entendía incluida dentro del término "nombre" a la denominación social— cabía alegar también el íter seguido por los trabajos prelegislativos conducentes a la DM 1988. Y es que mientras la Propuesta de DM presentada por la Comisión al Consejo el 1 de diciembre de 1980 utilizaba el término "nombre patronímico" (*nom patronymique)*[40], en cambio, la Propuesta modificada de DM que vio la luz en 1985 empleaba sólo el vocablo "nombre" (*nom*)[41]. No parece difícil interpretar este cambio normativo. Con su consumación el legislador europeo no hizo sino rechazar los términos "nombre patronímico" por entenderlos excesivamente restrictivos, con la intención de dar también cobijo en la norma al nombre de las personas jurídicas (especialmente a las denominaciones sociales)[42].

---

[35] Diario Oficial de la OAMI, 1996, págs. 606 y ss.

[36] *Ibídem*, la cursiva es mía. Por otra parte, idéntica afirmación figuraba en el punto 8º de las Declaraciones conjuntas del Consejo y de la Comisión relativas a la aprobación del Reglamento de la Marca Comunitaria (en adelante, RMC), en lo que concierte al art. 12 de este Reglamento: *v.* Diario Oficial de la OAMI, 1996, págs. 612 y ss.

[37] GARCÍA VIDAL (2000), págs. 131 y ss., aborda este asunto en profundidad; más recientemente, le presta también atención —siguiendo en gran medida al anterior— CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 272 y ss.

[38] Como, por ejemplo, los que conforman la expresión "riesgo de asociación" en el ámbito de la DM 1988. Y es que, pese a que en las Declaraciones conjuntas del Consejo y de la Comisión relativas a la DM 1988 se decía expresamente que "el riesgo de asociación es un concepto que en especial ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Benelux", ello no impidió al TJUE (en el conocido "caso Sabel") decantarse por un concepto de "riesgo de asociación" contrario precisamente a la interpretación seguida en el Benelux, separándose así de lo indicado por el Consejo y la Comisión en las mencionadas Declaraciones conjuntas. Al respecto: GARCÍA VIDAL (2000), págs. 61 y 62; también: FERNÁNDEZ-NOVOA (1997), págs. 23 y ss.

[39] En concreto, se decía allí que "como las declaraciones del Consejo y de la Comisión cuyo texto figura a continuación no forman parte integrante del texto legal, no prejuzgan la interpretación de este último por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas".

[40] JOCE, C 351, de 31/12/1980.

[41] JOCE, C 351, de 31/12/1985.

[42] CERDÁ ALBERO (1996), pág. 7004; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 344, nota 176; GARCÍA VIDAL (2000), pág. 132.

En esta misma dirección, hay otro argumento que no debe obviarse. Me refiero a que la elaboración de la DM 1988 estuvo fuertemente inspirada en la Ley alemana de Marcas de 1936, que en su parágrafo decimosexto mencionaba expresamente a la denominación social como una de las limitaciones al ejercicio del derecho de exclusiva del titular de la marca[43].

Finalmente, se ha de tener en cuenta que la Ley Uniforme del Benelux —que entró en vigor el 1 de enero de 1971— reguló esta materia en sentido inverso a cómo lo hizo la referida Ley germana[44]. En concreto, su art. 2.2 —precedente en el Derecho comparado del que más tarde sería el art. 6.1 a) DM 1988— aludía de forma expresa a los apellidos, obviando toda referencia a la denominación social[45]. Su tenor, en concreto, era el siguiente: "El titular de una marca constituida por un apellido no puede oponerse a que sus homónimos usen su apellido a fin de identificarse, siempre que dicho uso no adopte el aspecto de una marca"[46].

A la vista de lo expuesto, fácilmente se comprueba que la interpretación del término "nombre" tras la entrada en vigor de la DM 1988 se presentó como una cuestión abierta, susceptible de ser interpretada de forma no unívoca en los distintos ordenamientos de los Estados integrantes de la Unión Europea[47]. Al menos, así lo fue hasta el momento en que se pronunció expresamente sobre ella el TJUE.

b. La interpretación del TJUE

El primer pronunciamiento del TJUE sobre este asunto parecía que iba a llegar de la mano de la sentencia de 16 de septiembre de 2004, resolutoria del conflicto suscitado entre *Nichols plc* y *Registrar of Trade Markz.* No en vano, una de las cuestiones prejudiciales que desencadenaron esta resolución (la 5ª, en concreto) giraba sobre el alcance de la limitación marcaria relativa al uso del nombre en el tráfico económico. Sin embargo, el TJUE omitió entrar en dicha materia en este caso. A su juicio, era innecesario a la vista de la respuesta que se daba en la sentencia a la 4ª cuestión prejudicial[48].

> Es cierto, sin embargo, que al referirse al art. 6.1 letra a) DM 1988, el TJUE aludió en esta sentencia a los "operadores cuyo nombre sea idéntico o similar a la marca registrada", reemplazando el término "personas", que era el normalmente utilizado, por el de "operadores". Este dato ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que ya en esta resolución el Alto Tribunal europeo parecía apuntar su opinión favorable a incluir a la denominación social dentro del término "nombre" empleado por las normas reguladoras de las limitaciones marcarias. El argumento que se ha esgrimido en esta dirección estriba en que el vocablo "operador" (*rectius,* operador económico) comprende tanto a los empresarios individuales (personas físicas) como a los sociales (personas jurídicas)[49].

En rigor, el primer pronunciamiento del TJUE sobre la cuestión que aquí interesa llegó sólo dos meses más tarde, el 16 de noviembre de 2004, con la sentencia del caso *Anheuser-Busch Inc.* En esta resolución, ciertamente, el Alto

---

[43] A propósito del art. 12 RMC (intitulado "limitación de los efectos de la marca comunitaria"): TATO PLAZA (1996), págs. 145 y ss., a quien más tarde sigue CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 278.

[44] La Ley Uniforme del Benelux constituye un anexo del Convenio del Benelux en materia de marcas, cuya firma tuvo lugar en Bruselas el 19 de marzo de 1992. Su entrada en vigor se pospuso al 1 de enero de 1971. Su texto puede consultarse en *La Propieté industrielle* (1969), núm. 85, págs. 323 y ss.

[45] MIRANDA SERRANO (1997), pág. 321.

[46] Traducción según LÓPEZ GÓMEZ (1978), pág. 455 (nota 19).

[47] En Italia, por ejemplo, hubo evidentes discrepancias sobre la interpretación de este extremo, tanto en los tribunales de justicia como en la doctrina, donde no faltaron los partidarios de entender que la norma sólo se refería a los nombres de las personas físicas (como RICOLFI), frente a quienes consideraban que comprendía también los nombres de las personas jurídicas (como GIOIA): VANZETTI (2013), pág. 443. En Reino Unido, sin embargo, los tribunales se inclinaron por considerar aplicable la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico a las denominaciones sociales (al entender que tan "nombre de la persona" es el nombre civil como la denominación social): CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 185 y ss. Solución distinta fue, en cambio, la acogida en Alemania, donde se optó por interpretar el término "nombre" a estos efectos como comprensivo únicamente del patronímimo o nombre civil: REY-ALVITE VILLAR (2012-13), pág. 531.

[48] STJUE, de 16.9.2004, *Nichols plc c. Registrar of Trade Markz* (asunto C-404/02).

[49] FERNÁNDEZ-NOVOA (2004), pág. 458; CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 279 y 280.

Tribunal europeo se manifestó partidario de incluir a la denominación social dentro de la noción de "nombre" utilizada por el art. 6.1 letra a) DM 1988. El argumento principal utilizado por el órgano jurisdiccional consistió en entender que lo afirmado por el Consejo y la Comisión en sus Declaraciones conjuntas acerca de la DM 1988 sólo podía tener relevancia y alcance jurídico si figurase de algún modo en el texto de la DM, lo que, sin embargo, no acontecía en este caso. Razón por la cual admitió que el vocablo "nombre" —*ex* art. 6.1 letra a) DM 1988— abarcaba tanto el patronímico (persona física) como la denominación social (persona jurídica)[50].

> Especial relevancia revisten en el extremo que aquí interesa los apartados 77 a 80 de esta STJUE: "77. Pues bien, por lo que se refiere a la Comunidad, dicha excepción está prevista en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104 que, en esencia, permite que el tercero utilice el signo para indicar su nombre o su dirección, siempre que este uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. 78. Es cierto que el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas hicieron una declaración conjunta, que consta en el acta del Consejo en que se adoptó la Directiva 89/104, según la cual dicha disposición sólo se refiere al nombre de las personas físicas. 79. Sin embargo, la interpretación que da una declaración de esta índole no puede ser acogida cuando su contenido no figure de algún modo en el texto de la disposición de que se trate, y no tenga, por consiguiente, ningún alcance jurídico. Por otra parte, el Consejo y la Comisión reconocieron expresamente esta limitación en el preámbulo de su declaración, según el cual «como las declaraciones del Consejo y de la Comisión cuyo texto figura a continuación no forman parte integrante del texto legal, no prejuzgan la interpretación de este último por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (...). 80. Pues bien, *la importante restricción del concepto de «nombre» que resulta de la declaración citada en el apartado 78 de la presente sentencia no figura en el texto del artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104. Por tanto, dicha declaración no tiene alcance jurídico*"[51].

En la misma dirección se manifestó algunos años más tarde el TJUE en el asunto *Céline SARL c. Céline SA.* En concreto, en esta nueva resolución el Alto Tribunal recurrió expresamente a la STJUE del caso *Anheuser-Busch Inc* para justificar que, a su juicio, era claro que cuando el art. 6.1 letra a) DM 1988 utilizaba el término "nombre", lo hacía con la intención de incluir a los nombres de las personas tanto físicas (patronímicos) como jurídicas (denominaciones sociales)[52].

> En este asunto, en concreto, el Tribunal de Apelación de Nancy deseaba saber si, a juicio del TJUE, el derecho de exclusiva "puede ser ejercitado por un comerciante, que ha registrado un nombre como marca denominativa para determinados bienes, frente a otro comerciante que, sin el consentimiento del titular, ha adoptado el mismo nombre como denominación social y rótulo para un establecimiento que comercializa bienes de la misma naturaleza"[53]. Especial interés revisten los apartados 29 a 31 de la sentencia que resuelve esta cuestión prejudicial: "29. Según una jurisprudencia reiterada, incumbe al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones (sentencia *Adam Opel*, antes citada, apartado 31 y jurisprudencia que allí se cita). 30. A este respecto, procede recordar que, a tenor del artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva, el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular que prohíba a los terceros el uso, en el tráfico económico, de su nombre y de su dirección, siempre que este uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. 31. *El Tribunal de Justicia ha declarado que dicha disposición no se limita a los nombres de las personas físicas* (sentencia *Anheuser-Busch,* antes citada, apartados 77 a 80)"[54].

La interpretación del TJUE es expuesta de forma meridianamente clara en el fallo de esta última sentencia. El Alto Tribunal europeo admite en él de modo expreso la posibilidad de que el uso en el tráfico económico de una denominación social resulte amparado por la limitación del derecho de marca del art. 6.1 letra a) DM 1988; siempre,

---

[50] STJUE 16.11.2004, *Anheuser-Busch Inc.* (asunto C-245/02), comentada entre nosotros por GARCÍA VIDAL (2009), págs. 77 y ss.

[51] *Ibídem*; la cursiva es mía.

[52] STJUE de 11.9.2007, *Céline* (asunto C17/06).

[53] Apdo. 2 de las Conclusiones del Abogado General Sharpston, de 18.1.2007, sobre el asunto C17/06, *Céline*.

[54] La cursiva es mía.

como es natural, que respete las exigencias legales, esto es, sea realizado de conformidad con las prácticas leales en materia industrial o, si se prefiere, con lealtad a los intereses del titular de la marca prioritaria.

> Según el fallo, en efecto: "La utilización, por un tercero que no ha sido autorizado, de una denominación social, nombre comercial o rótulo de establecimiento idéntico a una marca anterior, en el marco de una actividad de comercialización de productos idénticos a aquellos para los que dicha marca fue registrada, constituye una utilización que el titular de la referida marca puede prohibir en virtud del artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, si se trata de una utilización para productos que menoscaba o puede menoscabar las funciones de la marca. *Si éste es el caso, el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104 únicamente puede obstaculizar tal prohibición si la utilización por un tercero de su denominación social o de su nombre comercial se hace conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial*"[55].

c. La interpretación de la doctrina y la jurisprudencia españolas

Concretados los materiales normativos sobre la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la DM 2015 y el modo en que fueron interpretados en su día por el TJUE, es ahora el momento de exponer la interpretación que de ellos realizaron tanto la doctrina científica [*infra*, a)] como los tribunales españoles [*infra,* b)].

a) Doctrina

Durante la vigencia de la LM 1988 no faltaron los autores partidarios de entender que, pese a la amplitud e inconcreción del término "nombre" empleado por el legislador español [art. 33.1 letra a) LM 1988] y comunitario [art. 6.1 letra a) DM 1988], se hacía necesario diferenciar entre el nombre patronímico (persona física) y la denominación social (persona jurídica), con la finalidad de interpretar que sólo la utilización del primero en el tráfico económico era susceptible de constituir una verdadera limitación del derecho de marca. Aunque se trató de una postura minoritaria, existieron quienes la defendieron de forma abierta y sin ambages. Pero no siempre con una misma argumentación.

En concreto, hubo quien la fundamentó en el carácter distintivo que es inherente a la denominación social, por tratarse de un nombre preordenado desde el principio y hasta el final a la realización de actividades empresariales de cara al mercado. Lo anterior se reforzaba, además, con otro relevante argumento relativo al principio de libertad de elección, inspirador de las normas reguladoras de su composición. Sobre la base de esta doble argumentación, se distinguía nítidamente la denominación social del nombre civil o patronímico. A diferencia de la primera —se decía—, el segundo es el nombre utilizado por la persona física en todas las facetas de la vida y no sólo en la económica. Además, su formación o composición no está presidida por un principio de libertad, sino que viene impuesta por la ley mediante el cumplimiento de reglas imperativas[56].

El desarrollo de estas ideas condujo a esta doctrina a concluir que la regla limitativa del derecho de marca contenida en el art. 33.1 letra a) LM 1988 no perseguía sino resolver el conflicto entre el derecho de utilización exclusiva que un sujeto ostenta sobre un signo compuesto por su nombre patronímico (o el de un tercero que le prestó la debida autorización para ello) y el derecho de otro sujeto (*rectius*, persona física) a identificarse en el tráfico económico a través de su nombre civil. Siempre, como es natural, que esta identificación fuese realizada con lealtad a los intereses del titular del signo distintivo prioritario, esto es, de conformidad con las exigencias derivadas de la buena

[55] *Ibídem.*

[56] MIRANDA SERRANO (1997), págs. 323 y ss.

fe y, por tanto, con una finalidad lícita, ajena a la confusión concurrencial y al aprovechamiento de la reputación ajena[57].

Algunos años después, otra doctrina se pronunció sobre esta misma cuestión en una dirección idéntica a la anterior, pero con una argumentación diversa que tenía su punto de partida en el análisis de la verdadera naturaleza jurídica de las limitaciones del derecho de marca reguladas por la ley. Desde esta perspectiva, se ponía de manifiesto que dichas limitaciones, lejos de constituir verdaderas excepciones al carácter absoluto del derecho de exclusiva, estaban conectadas intrínsecamente a su propia estructura. Constituían, en rigor, límites estructurales del derecho sobre la marca. De donde se extraía una consecuencia relevante: que los supuestos recogidos en la ley como limitaciones marcarias iban referidos en todos los casos a usos realizados a título diverso del de marca. Razón por la cual no entraban dentro del *ius prohibendi* reconocido al titular del distintivo prioritario[58].

Con apoyo en esta interpretación, esta otra doctrina entendía que el art. 33.1 letra a) LM 1988 no representaba una excepción al derecho de marca, en la medida en que sólo abarcaba usos realizados en función no distintiva. Y esto le servía de base para sostener que el verdadero obstáculo para admitir que las denominaciones sociales entraban dentro del término "nombre" utilizado por el art. 33.1 letra a) LM 1988 residía en el carácter distintivo que es siempre inherente a su uso en el tráfico económico. Y es que —se concluía— si fuera posible realizar un uso no distintivo de la denominación social, dicho uso no afectaría al signo previo y, en consecuencia, no existiría obstáculo alguno para entender que el vocablo "nombre" —*ex* art. 33.1 letra a) LM 1988— abarcaba también a la denominación social[59].

Ahora bien, mientras estuvo en vigor la LM 1988, fue muy minoritaria en nuestra doctrina la opción de diferenciar el nombre patronímico de la denominación social, con la finalidad de excluir el uso de la segunda en el tráfico económico de las limitaciones marcarias[60]. La mayoría de los autores que analizaron este asunto se manifestaron partidarios de entender que la invocación al "nombre" realizada por estas normas comprendía indistintamente el

[57] *Ibídem*, págs. 345 a 348; en la pág. 347 (nota 178) de esta obra se pone de manifiesto cómo sorprendía que la conclusión a la que allí se llegaba [discriminar entre el nombre civil o patronímico y la denominación social a los efectos de interpretar la limitación del derecho de marca del art. 33.1 letra a) LM 1988] no había sido ni siquiera apuntada o esbozada (y mucho menos aceptada) por la doctrina española hasta ese momento, con la única excepción (cierto es que relativa) de PARICIO SERRANO (1995), págs. 2807 y 2808, quien se había limitado a señalar que, a su juicio, no podía equipararse la denominación social objetiva a la subjetiva a los efectos de concretar el alcance de la limitación marcaria del art. 33.1 letra a) LM 1988.

[58] GARCÍA VIDAL (2000), *passim,* aunque especialmente, págs. 25 y ss.; más tarde, conformes con esta interpretación: GALÁN CORONA (2008), pág. 603; LEMA DEVESA (2013), pág. 11; MONTEAGUDO MONEDERO (2002), págs. 213 y 214; CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 297, entre otros. Cierto es, no obstante, que el TJUE ha zanjado el asunto de la naturaleza jurídica de las limitaciones marcarias en sentido distinto, al reconocer que pueden invocarse "aunque se trate de un uso comprendido en el artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva que, de entrada, el titular de la marca podría prohibir en virtud de los derechos exclusivos que le confiere dicha norma": así la STJUE, de 16.11.2004, *Anheuser-Busch Inc.* (asunto C-245/02) y, en la misma dirección, la STJUE de 7.1.2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co.* (asunto C-100/02), y la STJUE de 11.9.2007, *Céline* (asunto C17/06). Por tanto, según el parecer del TJUE, las limitaciones marcarias se presentan como auténticas excepciones al *ius prohibendi.*

[59] GARCÍA VIDAL (2000*),* págs. 138 y 139; ÍDEM (2002), págs. 337 y ss.

[60] Cierto es que, junto a la doctrina citada en las notas precedentes (MIRANDA SERRANO y GARCÍA VIDAL), cabe también incluir, dentro de esta postura doctrinal minoritaria, a algún otro autor. Éste es el caso de CERDÁ ALBERO (1996), págs. 6978 y ss., para quien todo uso de una denominación social constituye un uso en concepto de nombre comercial, en la medida en que se realiza por la sociedad con la finalidad de lograr su identificación en el ejercicio de su actividad empresarial.

patronímico y la denominación social[61]. Los argumentos esgrimidos en apoyo de esta otra tesis mayoritaria fueron heterogéneos. En síntesis, pueden concretarse en los siguientes[62]:

1º) El interés del ente colectivo —muy similar al de la persona física— a utilizar su nombre (*rectius*, denominación social) en el mercado a fin de lograr su identificación personal como sujeto titular de derechos y deberes y centro de imputación de responsabilidades, de conformidad con la tesis —muy arraigada en nuestra tradición jurídica— que equipara la denominación social de la persona jurídica societaria con el nombre civil de la persona física.

2ª) La vieja regla hermenéutica según la cual "donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos hacerlo" (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), muy adecuada para ser aplicada a este asunto, por cuanto que las normas jurídicas hablaban de "nombre" a secas y, en rigor, tan nombre es el patronímico para la persona física como la denominación social para la jurídica.

3º) La línea jurisprudencial —cierto es que minoritaria— que abrió el Tribunal Supremo (en lo sucesivo: TS) con el enjuiciamiento del caso "Hernández Pérez Hermanos, S.A.", donde no vio impedimento alguno para que una sociedad pudiera seguir usando su denominación social en el tráfico, pese a ser confundible con un signo distintivo prioritario, siempre que el uso fuese realizado a título de denominación social y no de distintivo empresarial. Como se verá más adelante, esta línea jurisprudencial fundamentó en gran medida su razonamiento jurídico en interpretar la invocación al "nombre" realizada por las normas reguladoras de las limitaciones del derecho de marca [arts. 33.1 letra a) LM 1988 y 37 letra a) LM 2001] como comprensiva también de la denominación social[63].

Pero, una vez aprobada la LM de 2001, el verdadero refrendo de la tesis doctrinal mayoritaria a la que me refiero llegó de la mano de la interpretación que el TJUE realizó del art. 6.1 letra a) DM 1988, en los términos más arriba expuestos: casos *Anheuser-Busch Inc* y *Céline SARL c. Céline SA*. En efecto, tras estos pronunciamientos judiciales dejaron de existir discrepancias en nuestra doctrina acerca de la inclusión de las denominaciones sociales dentro de la noción de "nombre" utilizada por la norma reguladora de las limitaciones marcarias: el art. 37 letra a) LM 2001[64].

Se afirmaba así, en la dirección seguida por el TJUE, que pese a no poder desconocerse que el ordenamiento jurídico protege con más rigor el nombre de las personas físicas que el de las jurídicas y que son más relevantes los intereses

[61] Ejemplificativas de esta posición doctrinal mayoritaria son las siguientes palabras de FERNÁNDEZ-NOVOA (1995), pág. 216 [que, aunque a propósito del art. 12 RMC, valen también, *mutatis mutandis,* para el art. 6.1 letra a) DM 1988 y el art. 33.1 a) LM 1988]: "las sociedades mercantiles podrán, en principio, usar en el tráfico económico su razón o denominación social", pues mediante esta limitación "se protege el legítimo interés de los operadores económicos a emplear los medios identificadores de su personalidad" [más tarde, sin embargo, este autor cambiaría de opinión, al entender que sólo el uso en el tráfico del nombre de la persona física podía constituir una verdadera limitación del derecho de marca en sentido legal: *v.* FERNÁNDEZ-NOVOA (2001), págs. 364 y 365]. Igualmente, representativas de esta forma de interpretar la cuestión que se analiza son las consideraciones que realiza BOTANA AGRA (1996), pág. 1607 y ss., quien sostiene que la libertad de uso del nombre *ex* art. 33.1 a) LM 1988 "se extiende tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas y, en consecuencia, bajo la expresión *nombre completo* hay que considerar incluidos el nombre patronímico y la denominación social". Sin duda, pesó bastante en esta doctrina mayoritaria el modo en que se resolvió un conflicto entre una denominación social y un signo distintivo en la STS, 1ª, de 21.10.1994, dictada en el caso "Hernández Pérez Hermanos, S.A.", (a la que se aludirá *infra*). En efecto, quienes valoraron positivamente esta solución judicial (según la cual tan limitación del derecho de marca puede ser el uso en el tráfico económico del nombre patronímico como de la denominación social) entendieron que el vocablo "nombre" utilizado por el art. 33.1 a) LM 1988 comprendía no sólo el nombre civil sino también la denominación social: MONTEAGUDO y SALELLES (1995), págs. 5485 y ss.; PORTELLANO DÍEZ (1995), págs. 378 y ss.; GARCÍA-CRUCES (1995), págs. 503 y ss.; MARTÍN ARESTI (1997), págs. 474 y ss.; entre otros.

[62] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), pág. 247; FERRÁNDIZ GABRIEL (2003), pág. 299; MÁRQUEZ LOBILLO (2009), pág. 494; CORBERÁ MARTÍNEZ (2011), pág. 352; GALACHO ABOLAFIO (2013/14), pág. 204; ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), *passim.*, entre otros.

[63] Insisten en ello, *ad ex.*, CORBERÁ MARTÍNEZ (2011), págs. 341 y ss.; ÍDEM (2017), págs. 285 y ss.; GARCÍA VIDAL (2001), págs. 66 y ss.

[64] Ilustra muy bien este sentir doctrinal LEMA DEVESA (2013), pág. 8, cuando afirma: "En punto al problema de si este nombre abarca tanto a las personas físicas como jurídicas, el Consejo y la Comisión Europea han señalado que se refiere a las personas físicas. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE no es partidaria de esta interpretación (...). La doctrina española mantiene que las personas jurídicas también pueden beneficiarse de la excepción recogida en el art. 37 de la LM. A mi entender, si solo pudiesen acogerse a esta limitación los empresarios individuales, se estaría discriminando a los empresarios sociales".

ligados al primero que los conectados con el segundo, ello no impedía entender que ambos podían beneficiarse de la limitación del art. 37 letra a) LM 2001. Sobre todo, a la vista de que la literalidad del art. 6.1 letra a) DM 1988 llevaba a esta interpretación y de que éste había sido el sentido que el TJUE había otorgado al término "nombre" empleado por dicho precepto[65].

Sobre la base de la argumentación expuesta, la conclusión a la que llegaban mayoritariamente nuestros autores no era otra que la admisión de denominaciones sociales confundibles con signos distintivos prioritarios. Siempre —añadían— que fuesen usadas en el tráfico mercantil en concepto de denominaciones sociales en sentido propio, esto es, como instrumentos identificadores de los entes societarios, y, por tanto, sin finalidad distintiva. Y es que si fueran utilizadas a título distintivo, dichos usos no estarían amparados por la limitación marcaria del art. 37 LM 2001, al generar confusión concurrencial y suponer un aprovechamiento de la reputación ajena y, en suma, al no poder ser considerados respetuosos con las prácticas leales en materia industrial o comercial[66].

b) Jurisprudencia

La jurisprudencia relativa al uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca estuvo en gran medida conectada a la resolución de conflictos entre denominaciones sociales y signos distintivos prioritarios, originados por la incomunicación normativa y registral existente en nuestro ordenamiento —especialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la LM 2001— entre la normativa societaria reguladora de las denominaciones sociales y la marcaria que disciplina los signos distintivos de la empresa[67].

Esta incomunicación era fácilmente constatable. Desde la óptica del Derecho de sociedades, nada impedía a una sociedad adoptar como denominación social una expresión denominativa idéntica o semejante a la que conformaba un signo distintivo previo, toda vez que la expresión denominativa constitutiva del distintivo empresarial en cuestión se consideraba disponible para ser utilizada y registrada como nombre social.

> Así se desprendía [y sigue haciéndolo, con la salvedad de lo dispuesto en la disposición adicional (DA) 14ª LM 2001 a la que más adelante aludiré] de la normativa reguladora de la denominación social en el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM)[68]; en concreto, de la imposibilidad legal de acceder a la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central predicable de los signos distintivos en sentido estricto (con la excepción de la denominación de origen, que merece la consideración de distintivo pero en sentido amplio) [arts. 407, 396 y 397 RRM]. Es más [con anterioridad a la vigencia de la referida DA 14ª], dichos signos, ni siquiera cuando eran notorios o renombrados, podían de ser tenidos en cuenta por los Notarios y Registradores mercantiles a los efectos de rechazar la autorización o inscripción registral de la sociedad cuya denominación social pudiera ser confundible con ellos (art. 407.2 RRM)[69].

---

[65] GALÁN CORONA (2008), pág. 606. Cierto es que, de forma aislada, no faltó quien, al comentar el art. 9 LM 2001, sostuvo que con dicho precepto nuestro legislador rechazó la equiparación de la denominación social al nombre civil, lo que le llevó a limitar el sentido del vocablo "nombre" del art. 37 a) LM 2001 sólo al nombre civil: CURTO POLO (2008), págs. 289 y ss.

[66] Entre otros: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), págs. 247 y ss.; FERRÁNDIZ GABRIEL (2003), págs. 299 y ss.; CABANAS TREJO (2006), págs. 128 y 129, nota 184; MÁRQUEZ LOBILLO (2009), págs. 494 y ss.; CORBERÁ MARÍNEZ (2011), págs. 341 y ss.; GALACHO ABOLAFIO (2013/14), págs. 204 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), *passim*. En palabras de CORBERÁ, es claro que "cuando el art. 6.1 a) DM 1989 habla de *nombre,* también se refiere a las denominaciones sociales como *nombre* por el que se identifican las empresas, interpretación que también debe presidir el alcance del art. 37 a) de nuestra Ley de Marcas" (pág. 356). Sin embargo, como no hay regla sin excepción, hubo también quien se separó de este sentir doctrinal mayoritario para entender que la limitación marcaria que se analiza no era de aplicación al nombre de las personas jurídicas, con fundamento en que "el nombre de las personas físicas viene impuesto por las reglas de la filiación, mientras que en las personas jurídicas es elegido por los interesados": LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), pág. 582.

[67] Ampliamente al respecto: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 142 y ss. (en especial, págs. 182 y ss.); *v.* también BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2002), págs. 9 y ss.; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), págs. 175 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), págs. 315 y ss.; entre otros. Cierto es que la LM 2001 mitigó en cierta medida esta incomunicación, aunque sin acabar con ella: MIRANDA SERRANO (2003), págs. 109 y ss., y (2007), págs. 9 y ss. Más adelante, al analizar el proceso de industrialización de la denominación social, me referiré a las limitaciones de las medidas instauradas en su día por la LM 2001.

[68] Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil: BOE, núm. 184, de 31/07/1996.

[69] Téngase en cuenta, en este sentido, que en el art. 407 RRM se habla de denominaciones de entidades de notorio conocimiento, y los signos distintivos en modo alguno encajan en dicha expresión: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 197 y 198 y (2002), pág. 343; GARCÍA VIDAL (2001), pág.

Lo mismo —pero en sentido inverso— acontecía desde la perspectiva del Derecho de marcas. Los signos distintivos de la empresa podían acceder a su Registro —la OEPM— siempre que no fueran confundibles con otros signos previamente registrados. De ahí que no existiera ningún obstáculo legal a la inscripción en la OEPM de una expresión denominativa —en concepto de distintivo empresarial— idéntica o notoriamente semejante a la que constaba previamente inscrita en el Registro Mercantil como denominación social.

> Es verdad que el art. 13.b) LM 1988 establecía la prohibición de registrar como marca el nombre civil (u otro nombre), los apellidos y el seudónimo de una persona distinta del solicitante de la marca sin contar con la debida autorización. Mas no menos cierto es también que dicha norma —rectamente interpretada— sólo abarcaba los nombres y demás elementos de identificación de las personas físicas, pero no las denominaciones sociales[70]. Y lo mismo hizo más tarde el art. 9.1 LM 2001, que impide registrar como marca, a no ser que se cuente con la oportuna autorización, el nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante, así como el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante. Cierto es que este último precepto (art. 9 LM 2001) se refiere expresamente a la denominación social en su apdo. c) —que, no en vano, es una de las primeras normas que confiere relevancia distintiva a esta figura societaria—, al disponer que no podrá registrarse como marca "la denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante"). Baste ahora sólo con apuntar esta norma. De ella me ocuparé más adelante al abordar el proceso de industrialización de la denominación social.

El fundamento jurídico de esta incomunicación ha de residenciarse en las relevantes diferencias conceptuales y funcionales que nuestro legislador ha venido apreciando históricamente entre las denominaciones sociales y los distintivos empresariales. Cierto es que con la relevante excepción (en lo que atañe singularmente a la figura del nombre comercial) que representan los años de vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial (en lo sucesivo: EPI) de 1929[71], durante los cuales existió una fuerte confusión legal, jurisprudencial y doctrinal entre el nombre comercial del empresario colectivo y la denominación social[72]. Ahora bien, al margen de este período de no clara diferenciación entre nombres sociales y comerciales (al que puso fin la LM 1988[73], que retomó la senda abierta en

74; CABANAS TREJO (2006), pág. 100; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), pág. 171. También, aunque con algunos matices: GARRIDO CERDÁ (1991), pág. 626; PORTELLANO DÍEZ (1995), pág. 376; DÍAZ GÓMEZ (1995), pág. 129.

[70] VICENT CHULIÁ (1991), pág. 1233; MASSAGUER FUENTES (1995), pág. 4182; EZALBURU MÁRQUEZ y GÓMEZ MONTERO (2001), pág. 247.

[71] Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de junio de 1929: en la Gaceta de Madrid, núm. 211, de 30/07/1929; modificado más tarde por el Real Decreto-ley de 15 de marzo de 1930: en Gaceta de Madrid de 16/03/1930.

[72] No otra cosa se infería de la definición de nombre comercial ofrecida por el EPI que, "queriendo clarificar la ordenación de esta materia, acabó enmarañándola bastante más": GONDRA ROMERO (1997) pág. 53. Según dicha definición, se entendía que podían tener la consideración legal de nombres comerciales "los nombres de las personas y las razones y denominaciones sociales, aunque estén constituidas por iniciales que sean los propios de los individuos, sociedades o entidades de todas clases, que se dediquen al ejercicio de una profesión o al comercio o industria en cualquiera de sus manifestaciones" (art. 196 EPI). Encontraba así concreción normativa en el EPI el llamado *principio de veracidad del nombre comercial* del que, a su vez, derivaba el *principio de unidad*: el nombre comercial del ente colectivo ha de coincidir con su denominación social (*veracidad)* y, dado que cada sociedad sólo puede tener una única denominación, su nombre comercial ha de ser también necesariamente uno (*unidad*). Además, desde una perspectiva funcional, durante la vigencia del EPI el nombre comercial dejó de concebirse como un verdadero signo distintivo de la empresa ante la masa anónima de la clientela (que fue la concepción acogida precedentemente por la LPI de 1902) para pasar a ser conceptuado —en la dirección defendida por PEDREROL Y RUBÍ (1912) durante la vigencia de la LPI— como el nombre que "es de aplicación a las transacciones mercantiles" (art. 214 EPI). Es claro que esta delimitación funcional del nombre comercial conducía inexorablemente a la confusión con el nombre patronímico del empresario individual y con la denominación social del empresario colectivo. A la vista de esta regulación (con la que nuestro legislador se alineaba al sistema alemán, donde el "nombre-firma" cobra el doble significado de "nombre especial del empresario" y "nombre de la empresa o negocio": GONDRA ROMERO, 1997, pág. 34) no sorprende que la mayoría de la doctrina española de la época realizara una utilización indistinta de los términos "nombre comercial", "firma" y "razón o denominación social", al entender que todos ellos respondían a una misma concepción y desempeñaban funciones sustancialmente idénticas. Para más información, entre otros: PELLISÉ PRATS (1982), págs. 24 y ss.; GONDRA ROMERO (1997), págs. 33 y ss.; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 56 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), págs. 30 y ss.

[73] Al desterrar el *principio de veracidad* y acoger el opuesto de *libertad de elección*. Es verdad que la LM 1988 no fue todo lo nítida que hubiera sido deseable a la hora de caracterizar el nombre comercial como un verdadero signo distintivo de la empresa en el mercado frente a la masa anónima de la clientela. Aunque no menos cierto es, al mismo tiempo, que una interpretación sistemática de la norma llevaba a dicha conclusión; al respecto: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 81 y ss., y, más recientemente, CASADO NAVARRO (2019), págs. 42 y ss. Se explica así que bajo la vigencia de la LM 1988 la generalidad de la doctrina conceptuara el nombre comercial en el sentido indicado y lo diferenciara de la

su día por la Ley de Propiedad Industrial —en adelante: LPI— de 1902[74]), parece haber estado siempre claro en nuestra comunidad jurídica que una cosa son las marcas —y, en general, los signos distintivos de propiedad industrial— y otra bien distinta las denominaciones sociales. Lo que explica que las normativas reguladoras de estas dos instituciones hayan venido siendo fiel reflejo de esta dual concepción de las figuras y, en consecuencia, hayan optado por la apuntada incomunicación normativa y registral[75].

> De forma muy sintética —y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá—, esta dual concepción de los institutos podría explicarse del modo siguiente: 1º) Para identificarse como sujeto jurídico en el tráfico negocial y procesal, el empresario colectivo tiene el derecho y el deber de adoptar un nombre de composición reglada, que es la denominación social, para lo cual tiene reconocida una amplia libertad de elección condicionada básicamente por la prohibición de identidad con otras denominaciones previamente inscritas en el Registro Mercantil Central. 2º) Para diferenciar sus realidades empresariales (bienes, servicios, actividades, etc.) de las de los competidores frente a los consumidores, el empresario colectivo tiene la facultad de adoptar signos distintivos, cuya elección se encuentra más restringida a fin de evitar las semejanzas confusorias con otros distintivos prioritarios. Ahora bien, como medida compensatoria de esta menor libertad de elección, el ordenamiento concede al titular de estos signos un mayor grado de protección, al entender que sobre ellos posee un derecho de propiedad protegido por un amplio campo de exclusividad delimitado por la regla de la no confundibilidad con otros distintivos prioritarios[76].

En palabras del TS —que recogen el sentir mayoritario de la doctrina mercantilista sobre esta materia—, "la denominación social y el nombre comercial se desenvuelven en distintas esferas de actuación. Tienen diferente régimen jurídico y responden a funciones diversas. La denominación social es un signo de identidad personal, identifica al titular —empresario— a modo de un nombre, y con él opera en el tráfico jurídico como sujeto de derechos y obligaciones. El nombre comercial es un signo de identidad empresarial, el signo distintivo de esta

denominación social: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 81 y ss.; GONDRA ROMERO (1997), pág. 35; BANÚS DURÁN (1990), págs. 144 y ss.; DE ALMANSA MORENO DE BARREDA (1994), págs. 84 y ss. Posteriormente, la LM 2001 se posiciona de forma aún más clara que la LM 1988 en la configuración del nombre comercial como un auténtico signo distintivo de la empresa en el mercado, dotado de un régimen jurídico muy similar al de la marca. Lo que ha supuesto "poner tierra de por medio frente a la figura de la denominación social", aun a costa de haber acentuado la confusión entre el nombre comercial y la marca de servicio: CASADO NAVARRO (2019), pág. 50. En concreto, según el art. 87.1 LM 2001, "(s)e entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades similares". No es difícil advertir que con esta definición el legislador español sigue la dirección inicialmente acogida por la LPI de 1902, abandonada más tarde por el EPI 1929 y retomada nuevamente por la LM 1988: esto es, la de concebir el nombre comercial como un auténtico signo distintivo diferenciador de la empresa (realidad objetiva) en el mercado. De hecho, en la definición del art. 87.1 LM queda claro, en la dirección que apunta CASADO NAVARRO (2019) págs. 51 y ss., que 1º) el nombre comercial es configurado como un "signo"; 2º) es la empresa la realidad objetiva diferenciada por dicho signo; 3º) es el mercado ("tráfico mercantil", dice la LM) el ámbito en el que dicho signo está llamado a desarrollar sus funciones distintivas; y 4ª) es muy relevante en toda su disciplina legal el principio de especialidad, al igual que acontece con el derecho de marca.

[74] Publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 241, de 18/05/1902. La opción de política legislativa seguida por la LPI, que diferenciaba el nombre comercial de la denominación social, era anunciada por el legislador en su Exposición de Motivos. Se decía allí, en efecto, que era creencia generalmente extendida la que consideraba que el nombre comercial y la denominación social constituían dos expresiones equivalentes que, en el fondo, designaban una misma cosa. Sin embargo, se añadía a lo anterior que dicha creencia era errónea, toda vez que "la razón social es una variedad del nombre propiamente dicho, es el nombre de las personas que, en conjunto, explotan un establecimiento", en tanto que el nombre comercial "es el nombre del establecimiento mismo". Surgía así, en palabras del legislador de 1902, una fundamental diferencia entre ambos institutos, toda vez que "la razón social no puede constituirse arbitrariamente, debe someterse a las prescripciones del Código de Comercio, puede variar, sufrir modificaciones y hace, en suma, relación al orden interno", mientras que por el contrario "el nombre comercial puede escogerse con entera libertad y conservarse indefinidamente; pues por ser la denominación del establecimiento es la conocida del público, para el que, por lo general, la razón social es lo de menos". El articulado de la LPI era fiel reflejo de estas consideraciones. Por un lado, se definía en él el nombre comercial como "el nombre, razón social o denominación bajo las cuales se da a conocer al público un establecimiento agrícola, fabril o mercantil" (art. 33 LPI). Por otro lado, se reconocía expresamente la posibilidad de adoptar como nombre comercial una denominación de fantasía sin ninguna relación con los nombres propios de los empresarios (art. 34 LPI). Más información al respecto *v.*, entre otros, en PELLISÉ PRATS (1982), págs. 24 y ss.; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 49 y ss.; GONDRA ROMERO (1997), págs. 32 y 33; y, más recientemente, CASADO NAVARRO (2019), págs. 25 y ss.

[75] De ahí que se haya afirmado expresivamente que ambas normativas (societaria e industrialista) se han venido presentando —al menos en una primera etapa— "a la manera de dos estratos normativos que, formados en épocas geológicas diferentes, aparecían superpuestos en dos niveles paralelos que nunca llegaban a encontrarse": GONDRA ROMERO (1997), pág. 36.

[76] Más detalladamente: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 182 y ss: ÍDEM (2007), págs. 20 y ss.; PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2006), págs. 567 y ss.; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), págs. 175 y ss.; CABANAS TREJO (2018.a), págs. 1 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), págs. 315 y ss.; entre otros.

actividad con aptitud para diferenciarla de otras actividades iguales o similares, y con él opera el empresario en el tráfico económico"[77].

> En la misma dirección se pronuncia la DGRN: "La denominación y las marcas o nombres comerciales operan, conceptual y funcionalmente, en campos y con finalidades distintas: la primera como identificación en el tráfico jurídico de un sujeto de derecho, y las segundas como identificadores en el mercado de los productos o servicios de una empresa, o de esta misma, frente a sus competidoras"[78].

A la vista de lo que acaba de indicarse, no puede causar sorpresa ni extrañeza que en la práctica hayan tenido lugar numerosos conflictos entre denominaciones sociales y distintivos empresariales confundibles que, en la generalidad de los casos, han terminado ventilándose en los tribunales de justicia. Así vino sucediendo desde 1954, fecha a partir de la cual se fueron perfilando dos líneas jurisprudenciales diversas tanto en el TS como en la llamada jurisprudencia menor: una mayoritaria [*infra*, 1ª)] y otra minoritaria [*infra*, 2ª)][79].

1ª) La *línea jurisprudencial mayoritaria* se inclinaba por ordenar la modificación de la denominación social confundible con un signo distintivo prioritario, independientemente de cuál fuese el uso que de ella hiciera la sociedad en el tráfico mercantil. Tan pronto se reflexione sobre esta jurisprudencia, se estará de acuerdo en aceptar que con su adopción el TS partía implícitamente de reconocer a la denominación social una cierta aptitud diferenciadora de las actividades empresariales constitutivas del objeto social. De no ser así, no sería posible entender que esta jurisprudencia ordenase la modificación estatutaria y registral de la denominación social confundible con un distintivo prioritario, con independencia del uso que de ella realizase su titular[80].

> Aunque el máximo exponente de esta línea jurisprudencial —su verdadero *leading case*—es la STS del caso "Domestos", a la que seguidamente se hará referencia, lo cierto es que su arranque o punto de partida ha de situarse en un momento anterior. En concreto, en la STS (Sala 1ª) de 27 de diciembre de 1954 (caso "Sociedad Española de Farmacia S.A. c. Laboratorios OM S.A.")[81], a la que siguen las SSTS (Sala 1ª) de 11 de marzo de 1977 (caso "Finre S.A.)[82], 7 de julio de 1980 (caso "Kemen industrial S.A.")[83], 16 de julio de 1985 (caso "Domestos")[84], 24 de enero de 1986 (caso "Rapid Maschinen und Farzzeuge AG c. Rapid Máquinas y Vehículos S.A.")[85], 24 de julio de 1992 (caso "Titán")[86], 26 de junio

[77] STS 1ª, de 18.5.2006, núm. 2006/476 (M.P.: Jesús Corbal Fernández).

[78] RDGRN de 5.5.2015: BOE núm. 136, de 8/06/2015.

[79] Sobre estos conflictos, entre la abundante bibliografía existente: AREÁN LALÍN (1987-88), págs. 197 y ss.; ÍDEM (1990), págs. 27 y ss.; MONTEAGUDO Y SOLER (1991), págs. 6503 y ss.; MARTÍ DE VESES PUIG (1992), págs. 443 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (1995), págs.. 503 y ss.; MONTEAGUDO y SALELLES (1995), págs. 5476 y ss.; BOTANA AGRA (1996), págs. 15 y ss.; CERDÁ ALBERO (1996), págs. 6953 y ss.; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 257 y ss.; MARTÍN ARESTI (1998), págs. 468 y ss.; CRUCES PASTOR (1998), págs. 251 y ss.; BENAVIDES DEL REY (1998), págs. 431 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2000), págs. 9589 y ss.; EZALBURU MÁRQUEZ y GÓMEZ MONTERO (2001), págs. 239 y ss.; MARTÍNEZ SANZ (2002), págs. 128 y ss; SALELLES CLIMENT (2002), págs. 256 y ss.; COSTAS COMESAÑA (2003), págs. 1241 y ss.; FERRÁNDIZ GABRIEL (2003), págs. 281 y ss: ÁVILA DE LA TORRE (2005), págs. 339 y ss.; MARCO ALCALÁ (2005), págs. 215 y ss.; CABANAS TREJO (2006), págs. 105 y ss.; ÍDEM (2018.a), págs. 1 y ss.; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), págs. 175 y ss.; CURTO POLO (2008), págs. 289 y ss.; ÍÑIGUEZ ORTEGA (2012), págs. 17 y ss.; ÍDEM (2012-13), págs. 113 y ss.; CORBERÁ MARTÍNEZ (2011), págs. 341 y ss.; ÍDEM (2017), págs. 257 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), págs. 313 y ss.

[80] GARCÍA VIDAL (2000), pág. 135; MIRANDA SERRANO (2003), págs. 116 y 117; ÍDEM (2007), pág. 26. En la jurisprudencia especial interés reviste la STS, 1ª, de 27.5.2004, núm. 2004/485 (M.P.: Clemente Auger Liñán), dictada en el asunto "Naturgas". Cierto es que, a mi juicio, no le falta razón a CASADO NAVARRO (2019), pág. 323, cuando apunta que, en rigor, también la línea jurisprudencial minoritaria [a la que se alude seguidamente en el texto] reconoce a la denominación social una aptitud distintiva; lo que ocurre —añade CASADO—es que mientras que la orientación jurisprudencial mayoritaria lo hace anticipándose al conflicto y ordenando la modificación de la denominación social, la minoritaria, en cambio, parte de delimitar el uso distintivo y no distintivo que puede realizarse de la denominación social, limitándose a prohibir el primero.

[81] STS, 1ª, de 27.12.1954, núm. 1954/444 (M.P.: Cayetano Oca Arabellos).

[82] STS, 1ª, de 11.3.1977, núm. 1977/103 (M.P: Jacinto García Monge Y Martín).

[83] STS, 1ª, de 7.7.1980, núm. 1980/265 (M.P.: Jaime Santos Briz).

[84] STS, 1ª, 16.7.1985, RJA núm. 4092 (M.P.: Rafael Casares Córdoba).

[85] STS, 1ª, de 24.1.1986, núm. 1986/26 (M.P.: Rafael Casares Córdoba).

[86] STS, 1ª, de 24.7.1992, núm. 1992/794 (M.P.: Eduardo Fernández-Cid De Lesmes).

de 1995 (caso "Avianca")[87], 4 de julio de 1995 (caso "Talleres Arevalillo")[88], 31 de diciembre de 1996 (caso "Export-Import Milano")[89], 4 de febrero de 2000 (caso "Eurosalki")[90], 28 de septiembre de 2000 (caso "Limpiezas Vela")[91], 21 de noviembre de 2000 (caso "Sardá")[92], 27 de marzo de 2003 (caso "Cemex")[93], 27 de mayo de 2004 (caso "Naturgas")[94], 20 de febrero de 2006 (caso "Ikusi")[95], 18 de mayo de 2006 (caso "Freixenet S.A. c. Masia Freixe S.L.")[96], 10 de julio de 2008 (caso "Yuste)[97], de 18 de marzo de 2010 (caso "COAM Rehabilitación, S.L.")[98], entre otras[99].

En coherencia con esta línea jurisprudencial y ante la ausencia de mecanismos de coordinación entre el Derecho de marcas y la normativa reguladora de las denominaciones sociales, el propio TS ha llegado a declarar expresamente que "corresponde a los fundadores de las sociedades adoptar las precauciones necesarias, a la hora de su inscripción en el Registro, aunque no exista otra anterior con la misma denominación social, de no utilizar aquellas que puedan crear confusionismo en el mercado e instaurar equivocaciones en los consumidores, por predominar una marca conocida que, en cierta medida, se usurpa como denominación social"[100].

2ª) Sin embargo, la jurisprudencia a la que acabo de referirme no es la que ahora interesa, al no abordarse en ella la cuestión relativa al sentido y alcance de la limitación marcaria sobre la que giran estas reflexiones. El interés reside aquí principalmente en la *línea jurisprudencial minoritaria* que tuvo su principal pronunciamiento —su auténtico *leading case*— en la STS (Sala 1ª) de 21 de octubre de 1994, resolutoria del caso "Hernández Pérez Hermanos, S.A." más arriba mencionada[101].

Aunque —como acabo de afirmar— no es desacertado ver en esta STS el primer y principal pronunciamiento de esta línea jurisprudencial, no puede desconocerse que hubo algunos pronunciamientos anteriores que, en cierto modo, ya acogieron esta solución. Me refiero a las SSTS de 21 de noviembre de 1958 (caso "El Fénix")[102] y de 15 de octubre de 1992 (caso "Atlantis Mundi")[103].

Los hechos enjuiciados por la referida STS de 21 de octubre de 1994 fueron básicamente los siguientes: la entidad "Hernández Pérez Hermanos, S.A.", dedicaba a la comercialización de productos conserveros, que tenía registrada como marca y nombre comercial la expresión constitutiva de su denominación social, solicitó a su competidora

[87] STS, 1ª, de 26.6.1995, núm. 1995/683 (M.P.: Alfonso Villagómez Rodil).

[88] STS, 1ª, de 4.7.1995, RJA núm. 5461 (M.P.: Antonio Gullón Ballesteros).

[89] STS, 1ª, de 31.12.1996, núm. 1996/1160 (M.P.: Eduardo Fernández-Cid De Lesmes).

[90] STS, 1ª, de 4.2.2000, RJA núm. 1237 (M.P.: Jesús Corbal Fernández).

[91] STS, 1ª, de 28.9.2000, núm. 2000/870 (M.P: Alfonso Villagómez Rodil).

[92] STS, 1ª, de 21.11.2000, núm. 2000/1065 (M.P. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

[93] STS, 1ª, de 27.3.2003, núm. 2003/316 (M.P: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

[94] STS, 1ª, de 27.5.2004, núm. 2004/485 (M.P.: Clemente Auger Liñán).

[95] STS, 1ª, de 20.2.2006, núm. 2006/136 (M.P.: Jesús Corbal Fernández).

[96] STS 1ª, de 18.5.2006, núm. 2006/476 (M.P.: Jesús Corbal Fernández).

[97] STS, 1ª, de 10.7.2008, núm. 2008/656 (M.P.: Jesús Corbal Fernández).

[98] STS, 1ª, de 18.3.2010, núm. 2010/119 (M.P.: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

[99] También en esta misma dirección se pronuncia la jurisprudencia menor en un relevante número de asuntos que finalmente no llegaron al TS. Entre otros muchos, cabe citar, a modo de ejemplo: la SAP de Oviedo de 20.7.1990 (caso "Cienfuegos"); la SAP de Palma de Mallorca de 19.9.1990 (caso "F") [en *RGD*, núm. 556-557, 1991, págs. 841 y ss.]; la SAP de Zaragoza de 11.4.1992 (caso "A. D.") [en *RGD*, núm. 585, 1993, págs. 6588 y ss.]; la SAP de Madrid de 23.2.1993 (caso "Bayer") [en RGD, núm. 584, 1993, págs. 5159 y ss.]; la SAP de Madrid de 7.6.1994 (caso "Campsa") [en RGD, núm. 603, 1994, págs. 13195 y ss.]; la SAP de Madrid de 28 de abril de 1995 (caso "Eurolines") [en RGD, núm. 610-611, págs. 8890 y ss.]; la SAP de Barcelona de 18.9.1995 (caso "Triptic") [en Ar. Civil, núm. 16, 1995, págs. 136 y ss.]; la SAP de Madrid de 24.4.1996 (caso "Bioserum"); la SAP de Cáceres de 10.7.1999 (caso "Euroliva") [en ADI, 1999, t. XX, págs. 783 y ss.]

[100] STS, 1ª, de 28.9.2000, núm. 2000/870 (M.P: Alfonso Villagómez Rodil). En idéntica dirección *v.* la RDGRN de 5.5.2016 (BOE núm. 136, de 8/06/2015) que reproduce este mismo párrafo de la STS de 28.9.200 y cita, además, otras SSTS en el mismo sentido.

[101] STS, 1ª, de 21.10.1994, núm. 1994/917 (M.P.: Alfonso Villagómez Rodil).

[102] STS, 1ª, de 21.11.1958, núm. 1958/694 (M.P.: Isidro Zapata Rodrigo).

[103] STS, 1ª, de 15.10.1992, núm. 1992/911 (M.P.: Antonio Gullón Ballesteros).

"José Hernández Pérez e Hijos, S.A." que dejase de utilizar su denominación social y procediese a modificar esta mención de sus estatutos sociales.

La relevancia de este pronunciamiento consistió en que en él nuestro TS, separándose de la que hasta ese momento venía siendo su tesis sobre la materia, entendió que no existía ningún impedimento jurídico en que la sociedad demandada pudiera seguir utilizando en el tráfico su denominación social, siempre que el uso fuese en concepto de denominación social *stricto sensu* y no como distintivo empresarial.

A juicio del TS, esta solución se fundamentaba en las importantes diferencias conceptuales, funcionales y de régimen jurídico apreciables entre la denominación social y los signos distintivos de la empresa. Y encontraba apoyo normativo expreso en la normativa reguladora de las limitaciones del derecho de marca. En concreto, en la relativa al uso del nombre en el tráfico económico, que en aquel momento era formulada por el art. 33.1 letra a) LM 1988. Y es que, en efecto, en opinión del Alto Tribunal, la alusión al término "nombre" (*rectius* "nombre completo") realizada por dicho precepto debía interpretarse como comprensiva no sólo del nombre de las personas físicas (nombre civil o patronímico) sino también del de las jurídicas (denominaciones sociales).

> En los Fundamentos de Derecho de esta sentencia se realizan afirmaciones de gran interés. En concreto, se dice en ellos, entre otras cosas: 1º) Que "está permitida la coexistencia de ambas sociedades litigantes, con sus nombres propios, y así la recurrida puede mantener su identidad nominal jurídica, pero con las restricciones que la sentencia de apelación le impone, en cuanto a la prohibición de utilización de marcas, nombres comerciales o rótulos, con lo que queda obligada al empleo de otros distintivos que no sean los que conforman *su denominación social, que no obstante conserva y a los efectos propios de su utilización en la vida jurídica y no precisamente como comercialización de productos de su tráfico y oferta a los consumidores*". 2º) Que ante la denuncia de infracción (por inaplicación indebida) del art. 33.1 letra a) de la Ley de Marcas de 1988, sobre la base de que tal norma no alcanza a los nombres de las personas jurídicas (y dentro de ellos a las denominaciones sociales), ha de responderse afirmando que dicho "precepto *no hace distinción alguna entre personas físicas y jurídicas.* Lo que resulta decididamente clara es la prohibición del uso como marca. Ahora bien, concurriendo buena fe, como en el presente caso, pues la sentencia así lo declara, sin que se hubiese combatido tal circunstancia por la parte que recurre, evidentemente no se puede prohibir a una sociedad legalmente constituida desarrollar su actividad mercantil, con el nombre que la identifica y concurrir a los mercados como sujeto de derecho y obligaciones"[104].

Se ha de notar, por otra parte, que en esta STS de 21 de octubre de 1994 (así como en otras posteriores que acogen esta misma solución y a las que se hará referencia seguidamente) la denominación social en conflicto estaba conformada por nombres patronímicos ("Hernández Pérez"). Desde mi punto de vista, este dato no es irrelevante y permite establecer un cierto paralelismo entre la solución que en estos supuestos ofrece nuestro TS y algunas soluciones normativas acogidas históricamente en el Derecho comparado. Me refiero, en concreto, al art. L 713-6 del Código de la Propiedad Industrial francés que, con anterioridad a la modificación experimentada en noviembre de 2019, disponía:

> "El registro de una marca no supondrá un impedimento para que el mismo signo o un signo similar se pueda utilizar como: a) Denominación social (...) cuando esta utilización sea anterior al registro o se deba a la existencia de un tercero que, de buena fe, emplea su nombre patronímico" (...); ahora bien, "cuando dicha utilización viole sus derechos, el titular registral podrá pedir que se restrinja o se prohíba"[105].

---

[104] Las cursivas son mías.

[105] Sobre él, *ad ex.*, BOUCHARA (2012), págs. 1 y ss.; BERTRAND (2005), págs. 357 y ss.; ÍDEM (2000), págs. 64 y ss. Tras la modificación de esta norma efectuada por la Ordenanza núm. 2019-1169, de 13.11.2019 —con vistas a la incorporación de la DM 2015 al Derecho francés—, su texto ha pasado a ser el siguiente: *"I.- Une marque ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage, dans la vie des affaires, conformément aux usages loyaux du commerce :1° De son nom de famille ou de son adresse lorsque ce tiers est une personne physique; 2° De signes ou d'indications qui sont dépourvus de caractère distinctif ou qui se rapportent à l'espèce, à la qualité, à la quantité, à la destination, à la valeur, à la provenance géographique, à l'époque de la production du produit ou de la prestation du service ou à d'autres caractéristiques de ceux-ci; 3° De la marque pour désigner ou mentionner des produits ou des services comme étant ceux du titulaire de cette marque, en particulier lorsque cet usage est nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée. II.- Une*

Parece claro que, según esta norma, se toleraba el uso en el mercado de una denominación social confundible con una marca previa —a no ser, lógicamente, que dicho uso conculcara los derechos del distintivo prioritario— no por constituir la denominación social en cuestión el nombre de una persona jurídica, sino por llevar incorporada el nombre patronímico de alguno o algunos de sus socios[106]. Pues bien, algo similar podría inferirse de la orientación jurisprudencial a la que ahora me refiero, toda vez que no parece ajena a ella la circunstancia de estar conformada la denominación social por un nombre patronímico ("Hernández Pérez")[107].

La STS de 6 de julio de 2015 resume muy bien las claves sobre las que pivota esta segunda línea jurisprudencial que ahora comento. Dice en ella el TS que para solucionar un conflicto entre un signo distintivo (marca o nombre comercial) y una denominación social "lo relevante es precisar en qué ha consistido el uso de la denominación social en tráfico. Si este uso se limita a la inclusión de la denominación social para identificarse la sociedad en una factura, contrato o cualquier otra documentación, de tal forma que, conforme a las prácticas leales en materia comercial, no puede desprenderse que con ello se pretenda generar en el mercado la percepción de un vínculo o conexión entre la denominación social y los productos o servicios en que consiste su actividad empresarial, en ese caso no existirá infracción del signo marcario. De ahí que, partiendo de que la mera titularidad de la denominación social no justifica la infracción de los signos marcarios de la demanda, es preciso especificar en qué ha consistido su empleo en el tráfico económico, para juzgar si la identificación de la sociedad puede generar esa percepción de conexión entre la sociedad y los productos que comercializa o los servicios que presta"[108].

Con posterioridad a la STS del caso "Hernández Pérez Hermanos, S.A.", se adscriben también a esta segunda línea jurisprudencial otros pronunciamientos de nuestro TS en los que no se impone al ente colectivo el cambio de su denominación social confundible con un signo prioritario, sino su uso en el tráfico a título no distintivo. Se trata, entre otras, de las SSTS (Sala 1ª) de 10 de julio de 2000 (caso "Panadería Alzadegui SA. c. Fernando Alzadegui S.L.")[109], 28 de febrero de 2001 (caso "Panibérica S.A. c. Panibérica de Levadura S.A.")[110] y 26 de junio de 2003 (caso "Sony Kabushiki Kaisha c. Sony Corporration c. Macsony SL.")[111].

> Las siguientes afirmaciones de la STS dictada para el caso "Panibérica S.A." ilustran muy bien acerca de la solución seguida por el TS en estas resoluciones, tributarias de la STS "Hernández Pérez Hermanos, S.A.": "Debe declararse la no infracción de la marca *Panibérica, S.A.* por haber adoptado la demandada como nombre o razón social *Panibérica de Levadura, S.A.* Es éste un nombre que sirve sola y exclusivamente para identificarla en el tráfico, en el que actúa comercializando productos bajo otras marcas que no han sido objeto de este litigio. La actora no ha demostrado que lo haga bajo aquella razón social, es decir, no lo utiliza como marca ni como nombre comercial, por lo que no hay un abuso de derecho, al limitarse su uso al ámbito de la identificación de su personalidad jurídica"[112].
>
> También en la jurisprudencia menor encontramos pronunciamientos en esta misma dirección. Éste es el caso, por ejemplo, de las SSAP de Barcelona de 27 de octubre de 1995, 22 de octubre de 1996 y 16 de febrero de 2000. En concreto, en la primera de ellas se dice expresamente que es preciso "diferenciar entre la denominación social y su mercantilización mediante su utilización como nombre comercial (…) para rechazar la condena a modificar la

marque ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage, dans la vie des affaires, d'un nom commercial, d'une enseigne ou d'un nom de domaine, de portée locale, lorsque cet usage est antérieur à la date de la demande d'enregistrement de la marque et s'exerce dans les limites du territoire où ils sont reconnus".

[106] En este sentido, siguiendo a MATHELY: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 342 y ss. Aunque sin contar con una específica concreción normativa, esta solución ha tenido también acogida en el Derecho alemán: *v.* CERDÁ ALBERO (1996), pág. 7005.

[107] Conforme, al parecer, entre otros: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 493.

[108] STS, 1ª, de 6.7.2015, núm. 2015/375 (M.P: Ignacio Sancho Gargallo).

[109] STS, 1ª, de 10.7.2000, núm. 2000/685 (M.P.: Pedro González Poveda).

[110] STS, 1ª, de 29.2.2001, núm. 2001/183 (M.P.: Antonio Gullón Ballesteros).

[111] STS, 1ª, de 26.7.2003, núm. 2003/632 (M.P.: Pedro González Poveda).

[112] STS, 1ª, de 29.2.2001, núm. 2001/183 (M.P.: Antonio Gullón Ballesteros).

> denominación social, al quedar circunscrito el derecho de monopolio que la marca atribuye al campo económico, en el que entran en juego intereses ajenos a los que son objeto de protección por la legislación societaria[113].

Especial interés revisten también en esta materia las SSTS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2011 (caso "Bodegas Viña Magaña S.L." c. "Bodegas Carlos Magaña, S.L.")[114], 6 de marzo de 2012 (caso "Parquet Pavón S.L." c. "Tarimas y Pavimentos Pavón S.L.")[115], y 12 de abril de 2013 (caso "Valsardo" c. "Bodegas Valsacro S.A.")[116]. La relevancia de estas resoluciones reside en que en todas ellas el Alto Tribunal admite de forma rotunda y clara la aplicación a las denominaciones sociales de la limitación del derecho de marca fijada por el art. 37 LM 2001. Para lo cual fue de gran utilidad al TS la interpretación que el TJUE había realizado del art. 6.1 letra a) DM 1988 en los asuntos *Céline* y *Anheuser-Busch Inc* más arriba referidos[117].

> A modo de ejemplo, en los Fundamentos de Derecho de la segunda de estas sentencias, tras aludirse a la doctrina del TJUE sobre el art. 6.1 a) DM 1988 en los casos referidos, el TS declara sin titubeos que no existe impedimento para aplicar, en beneficio de "Tarimas y Pavimentos Pavón, S.L.", el límite que establece el artículo 37 LM 2001. A su juicio, el verdadero problema planteado por este asunto estribaba en determinar si el uso de la denominación social en el tráfico económico había sido o no conforme con las prácticas leales en materia industrial y comercial. Y es que sólo en caso de que pudiera constatarse dicha conformidad, podría activarse la limitación del art. 37 LM[118].

Ahora bien, no hay regla sin excepción. Y así ocurrió también en esta materia. Aunque con posterioridad a los pronunciamientos del TJUE referidos (asuntos *Céline* y *Anheuser-Busch Inc)* nuestros tribunales interpretaron de forma unánime el art. 37 LM en el sentido indicado, es verdad que en algún caso muy excepcional alguna jurisprudencia menor se decantó por la solución contraria. Este es el caso de la SAP de Granada (Sección 3ª) de 28 de septiembre de 2012 (caso "Intel Corporation" c. "Inteldat S.A.").

> En efecto, al referirse esta última sentencia a la protección derivada del art. 37 LM 2001, la AP de Granada sostuvo expresamente que "tal protección *sólo es aplicable a las personas físicas y no a las jurídicas,* como es el caso examinado, tal como concluyó el apdo. 7 de las Declaraciones Conjuntas del Consejo y de la Comisión de la Comunidades Europeas incluidas en el acta de aquel órgano, con ocasión de la adopción de la DM 1988 "[119].

Pero esta última resolución judicial fue un caso aislado. La jurisprudencia en sentido propio, esto es, la que emana del TS, siguió al TJUE en el sentido más arriba expresado, al entender que la referencia al "nombre" del art. 37 LM comprendía tanto el patronímico como la denominación social.

2.3. El uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca con posterioridad a la Directiva de Marcas de 2015 y al Real Decreto-ley 23/2018

---

[113] SAP de Barcelona de 27.10.1995, RJ 2003, núm. 4265; en el mismo sentido *v.* la SAP de Barcelona de 16.2.2000, *ADI*, t. XXI, págs. 652 y ss.

[114] STS, 1ª, de 21.12.2011, núm. 2011/916 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel). En su FD 7ª se dice: "Ciertamente, no resulta aplicable el límite previsto en el art. 37, letra a), de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, dado que no puede ser considerada una práctica leal en materia comercial la utilización por la demandada de su denominación social como signo confundible con aquellos otros (…) desde el momento en que hay un razonable riesgo, por las razones dichas, de que el público al que Bodegas Carlos Magaña S.A. destina sus productos entienda erróneamente, existente un vínculo entre la empresa y, por derivación, los productos de la misma y los de los demandantes, de lo que la repetida sociedad era o debería haber sido consciente".

[115] STS, 1ª, de 6.3.2012, núm. 2012/97 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

[116] STS, 1ª, de 12.4.2013, núm. 2013/228 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel). En su FD 7º se afirma, en lo que aquí interesa, que "no se advierte razón para aplicar el límite previsto en los artículos 37, letra a), y 6, apdo. 1, respectivamente, de los dos mencionados textos, dado que no puede ser considerada una práctica leal en materia comercial la utilización de la propia denominación como signo confundible con los que diferencia los productos y servicios de una competidora".

[117] Sobre la influencia desplegada por la STJUE del caso *Céline* sobre los tribunales españoles a la hora de resolver conflictos entre marcas y denominaciones sociales: GARCÍA VIDAL (2009-10), págs. 1103 y ss.

[118] *V.* un breve comentario de esta STS en REY-ALVITE VILLAR (2012-13), págs. 530 y ss.

[119] AC 2013, núm. 783.

a. Los nuevos materiales normativos y los relevantes cambios que introducen

Analizada la regulación del nombre como limitación marcaria en el Derecho anterior a la DM 2015, es ahora el momento de prestar atención a los cambios que en ella se introducen con la aprobación de esta nueva norma supranacional, orientada a mejorar los sistemas de marcas de los ordenamientos integrantes de la Unión Europea. En primer lugar, expondré los nuevos materiales normativos de los que derivan dichos cambios: los arts. 37.1 letra a) y 34.3 letra d) LM [*infra,* a)]. Seguidamente los valoraré; sobre todo, analizaré su coherencia con lo que es, en esencia, la denominación social, en atención a las funciones que está llamada a desarrollar en el tráfico mercantil contemporáneo [*infra* b)].

a) Exposición: La nueva redacción de los arts. 37.1 letra a) y 34.3 letra d) LM

i. El artículo 37.1 letra a) LM: El uso de la denominación social en el tráfico económico no constituye una limitación del derecho de marca

El Considerando 27 DM 2015 anticipa el cambio que el legislador europeo consuma a través de este texto normativo en la materia objeto de estudio. Al acogerlo en su articulado, la DM 2015 no hace sino seguir las recomendaciones del estudio sobre el funcionamiento general del sistema europeo de marcas que había sido elaborado algunos años antes por el Instituto Max-Planck de Munich. No en vano, este texto fue rotundo y claro al concluir que la interpretación de la referencia al "nombre" contenida en el art. 6.1 letra a) DM 1988 debía limitarse exclusivamente al nombre de las personas físicas[120].

Cierto es que las expresiones utilizadas por el Considerando 27 para anunciar el cambio aludido no son las más afortunadas. En concreto, se comienza afirmado en dicho lugar que "(l)os derechos exclusivos conferidos por una marca no deben facultar a su titular para prohibir el uso por terceros de signos o indicaciones usados lealmente y, por tanto, de acuerdo con prácticas honestas en materia industrial y comercial". A continuación se señala que "(a) fin de establecer condiciones de igualdad entre los nombres comerciales y las marcas en un contexto en el que aquellos gozan normalmente de protección sin límites frente a marcas posteriores, *solo debe considerarse incluido en dicho uso el uso del nombre personal del tercero*"[121].

Dentro del articulado de la DM 2015, es su art. 14 —intitulado "limitación de los efectos de la marca"— el que regula este asunto. Lo hace en los siguientes términos: "(u)na marca no permitirá a su titular prohibir a un tercero hacer uso, en el tráfico económico: a) de *su nombre* o dirección, *cuando el tercero sea una persona física*"[122]. La letra de esta norma es meridianamente clara. De su comparación con el mucho menos nítido Considerando 27 DM 2015 se infiere que cuando este último alude al "nombre personal del tercero" (*sic)*, quiere referirse, en realidad, al nombre de una persona física. Así ha de ser por cuanto que, a la luz del art. 14, es evidente que sólo el uso en el tráfico económico del nombre de las personas físicas puede acogerse a la limitación del derecho de marca que en él se fija.

Cabe, por tanto, concluir que en esta materia la DM 2015 consuma un importante cambio respecto de la legislación precedente —al menos, en el sentido en que ésta venía siendo interpretada por el TJUE y la doctrina mayoritaria—, al excluir expresamente el uso de la denominación social en el tráfico económico de las limitaciones marcarias contempladas por la ley. Este cambio ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por el RDL 23/2018, que ha dado

[120] MAX PLANCK INSTITUTE FOR DE INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW (2011), págs. 120 y 121. Entre nosotros repara en la influencia de este estudio sobre la DM 2015: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 483.

[121] La cursiva es mía. Idéntica redacción tiene el art. 14.1 RMC (en DOUE, L 154/1, de 16/06/2017): "Una marca de la Unión no permitirá a su titular prohibir a un tercero hacer uso, en el tráfico económico: a) de su nombre o su dirección, cuando el tercero sea una persona física".

[122] La cursiva es mía.

una nueva redacción al art. 37.1 letra a) LM 2001. En la actualidad, dicho precepto —que sigue denominándose "limitaciones del derecho de marca"— posee idéntica redacción que el art. 14 DM 2015: "Una marca no permitirá a su titular prohibir a un tercero hacer uso en el tráfico económico: a) De su nombre o dirección, *cuando el tercero sea una persona física*"[123].

Pero, en rigor, no son éstos los únicos materiales normativos resultantes de la DM 2015 que aquí interesan. Como se sabe, el ámbito de protección del que se beneficia un signo (marca o nombre comercial) registrado se determina tanto por las limitaciones del derecho de marca como por las facultades prohibitivas conferidas a su titular[124]. El ilícito marcario, en efecto, ha de construirse desde una doble perspectiva: 1ª) una negativa, que requiere que el tercero que utiliza el signo infractor no pueda acogerse a ninguna de las limitaciones del derecho de marca establecidas por la ley; y 2ª) otra positiva, que exige la verificación de la concurrencia de los requisitos a los que la ley anuda la constatación de una infracción del signo prioritario[125].

Lo anterior explica que también revistan interés para el propósito aquí perseguido las nuevas normas reguladoras de los derechos conferidos por la marca. Me refiero, en concreto, al art. 10.1 DM 2015 y al art. 34.3 letra d) LM de 2001; el último, como es natural, tras la redacción que le ha sido dada por el RDL 23/2018.

ii. El artículo 34.3 letra d) LM: El uso en el tráfico económico de una denominación social confundible puede ser marcariamente perseguido

Los arts. 10.1 DM 2015 y 34.3 letra d) LM 2001 establecen que el derecho sobre la marca confiere a su titular un derecho exclusivo que, concurriendo las circunstancias expresamente previstas, le permite, entre otras cosas, prohibir la utilización del signo "como nombre comercial o denominación social, o parte de un nombre comercial o una denominación social". De ellos se infiere que por vez primera los sistemas de marcas europeo y español reconocen expresamente al titular de un signo distintivo (marca o nombre comercial) registrado la facultad de prohibir la utilización en el tráfico económico de un signo confundible usado como denominación social o parte de una denominación social[126].

Antes de continuar con el análisis de estos preceptos conviene realizar una precisión que me parece de interés:

Cierta doctrina autorizada ha constatado la existencia de una "paradoja" cuando se habla del conflicto entre una denominación social y un signo distintivo de la empresa. Sobre todo, para destacar con ello que en estos conflictos no colisionan realmente una denominación social y un distintivo empresarial, pues la denominación social usada en concepto de denominación social no origina conflicto alguno con ningún bien de propiedad industrial. El conflicto surge únicamente cuando la denominación social se usa a título de distintivo empresarial; en concreto, como nombre comercial. De ahí que, en opinión de esta doctrina, el intérprete haya de plantearse necesariamente si las diferentes invocaciones que la legislación marcaria hace a la denominación social se refieren a ella "en clave estrictamente individualizadora", esto es, como denominación social en sentido estricto, o se realizan, en cambio, "a la versión distorsionada por su uso —o valor— como signo", es decir, como nombre comercial[127].

Sin negar ni poner en duda la veracidad que encierran estas apreciaciones, creo que en el sistema de marcas vigente hay base legal para entender que en los arts. 10.1 DM 2015 y 34.3 letra d) LM 2001 se alude a la denominación social usada en el tráfico económico, *independientemente de que el uso sea realizado en concepto de denominación*

[123] *Ibídem.*

[124] STJCE de 23.2.1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV c. Ronald Karen Deenik* (asunto C-63/97).

[125] MONTEAGUDO MONEDERO (2010), págs. 3 y 4.

[126] Subraya esta novedad de la DM 2015, aunque en tono crítico por considerarla desmedida: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 289 y 290.

[127] CABANAS TREJO (2018.a), pág. 3.

social en sentido estricto o de nombre comercial no registrado. De otro modo no tendría sentido que el legislador distinguiera entre denominación social, de un lado, y nombre comercial, de otro. Además, a dicha conclusión parece también conducir la nueva regla de la LM (*ex* RDL 23/2018) ya analizada, según la cual sólo el uso en el tráfico económico del nombre de la persona física puede constituir una verdadera limitación del derecho de marca (art. 37).

A mi juicio, esta solución es acertada por ser coherente con la naturaleza de la denominación social. A la utilización efectiva de la denominación social en el tráfico económico se ha de aunar un carácter distintivo, incluso cuando el ente colectivo cuente expresamente con un nombre comercial debidamente registrado del que habitualmente haga uso en el mercado. Así ha de ser por cuanto que la denominación social, en cuanto que nombre —siquiera reflejo o indirecto— de la empresa societaria, posee una dimensión "objetiva" y "patrimonial" —y, por ende, distintiva— en el sentido que más adelante expondré.

Hecha esta aclaración, he de insistir en que la relevancia de los arts. 37.1 letra a) y 34.3 letra d) LM 2001, en lo que atañe a la disciplina marcaria de la denominación social, parece clara. Por un lado, se dispone que el uso de la denominación social en el tráfico económico no constituye una limitación del derecho de marca, aun cuando sea realizado de forma leal a los intereses del titular de la marca prioritaria. Por otro lado —y en coherencia con lo anterior—, se establece que el titular de una marca está facultado jurídicamente para prohibir, mediante el ejercicio de su *ius prohibendi,* la utilización en el tráfico económico como denominación social —o parte de ella—de un signo confundible con el suyo.

> La estrecha conexión existente entre la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico económico [art. 37.1 letra a) LM] y la facultad del titular del signo inscrito de prohibir la utilización de un signo confundible en concepto de nombre comercial o denominación social [art. 34.3 letra d) LM], en el sentido que acabo de indicar, fue puesta de manifiesto de forma muy nítida por el Preámbulo del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la LM de 2001. Tras decirse allí, en efecto, que una de las novedades del nuevo texto legal consistía en "la supresión del uso inmune en el tráfico económico del nombre comercial o denominación social, restringiendo esta libertad de uso sólo al nombre de las personas físicas", se añadía que "(e)ste mismo principio está contenido en la letra d) del artículo 34.3 de la presente Ley", con referencia a la norma que permite al titular de una marca registrada prohibir a otro "utilizar el signo [confundible] como nombre comercial o denominación social, o como parte de un nombre comercial o una denominación social"[128].

Resulta, por tanto, que a partir del nuevo Derecho de marcas resultante de la DM 2015, hay base legal para sostener que han dejado de existir usos inmunes de la denominación social en el tráfico económico. Todo uso que de ella se realice en este ámbito, siempre que cumpla las exigencias dispuestas en la ley (arts. 10.1 DM 2015 y 34 LM 2011), puede ser prohibido por el titular de un signo distintivo (marca o nombre comercial) prioritario[129].

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, conviene reparar en que el titular del signo distintivo prioritario únicamente está facultado para prohibir el uso de una denominación social y solicitar su modificación cuando se cumplan de forma acumulativa las exigencias fijadas por el art. 34 LM, que trae causa del art. 10 DM 2015. Razón por la cual es necesario analizar de qué exigencias se trata.

iii. *Excursus* sobre las exigencias necesarias para la activación del *ius prohibendi* frente al uso en el tráfico económico de una denominación social confundible

[128] Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la LM 2001, disponible en http://www.oepm.es

[129] Conforme: CASADO NAVARRO (2019), págs. 340 y 341

Interesa partir de recordar que el derecho de exclusiva sobre un signo distintivo no tiene carácter absoluto[130]. Como es natural, esta idea está presente en el art. 34 LM, cuando dispone que el titular de un signo distintivo sólo está facultado para oponerse al uso de un signo idéntico o confundible en determinados supuestos y siempre que concurran los presupuestos establecidos en el primer inciso de su apdo. 2. En concreto, de conformidad con este precepto, el titular de una marca registrada está facultado para prohibir a cualquier tercero "el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios".

He aquí la formulación legal de las exigencias que han de concurrir para que pueda activarse el *ius prohibendi.* Según la interpretación que de ellas viene realizando el TJUE, se trata de las cuatro siguientes[131]: 1ª) que la utilización del signo se realice en el tráfico económico; 2ª) que no sea consentida por el titular del signo distintivo prioritario; 3ª) que se efectúe en relación con productos o servicios; y, por último, 4ª) que menoscabe o pueda menoscabar las funciones del signo prioritario. Todas ellas han de concurrir de forma acumulativa, según ha declarado también el TJUE en alguna ocasión[132.]

De estas cuatro exigencias aquí interesan especialmente las relativas a la naturaleza que ha de poseer el uso de un signo idéntico o semejante para quedar comprendido dentro del ámbito del *ius prohibendi*; esto es, las expuestas en primer y tercer lugar (que el signo se use en el tráfico económico y en relación con productos o servicios). El interés reside en que su conocimiento ofrece luz al intérprete acerca de qué usos concretos de la denominación social son marcariamente relevantes por caer dentro del *ius prohibendi* del titular de un signo prioritario. A ambas exigencias me refiero a continuación[133.].

1ª) Primera: *La utilización del signo en el tráfico económico.*- En lo que atañe a la necesidad de que el signo (en lo que aquí interesa, una denominación social) se utilice "en el tráfico económico", el TJUE ha declarado que esta exigencia se cumple cuando el signo se usa "en el contexto de una actividad comercial con ánimo de lucro y no en la esfera privada"[134]. Además, en alguna ocasión este mismo órgano jurisdiccional no ha dudado en señalar que el sujeto que realiza el uso ha de ser "en principio, un operador económico"[135]. Dada la amplitud de los términos con los que se expresa el TJUE al interpretar esta exigencia, interesa realizar algunas precisiones sobre su alcance, en la dirección apuntada por la doctrina:

a).- Por un lado, el requisito de que el uso del signo se proyecte en la esfera externa o, si se prefiere, trascienda el ámbito puramente interno, exige, al menos, que esté dirigido a posibilitar usos del signo dotados de transcendencia externa. De ahí que constituyan usos en el tráfico económico los actos preparatorios de la comercialización, pese a carecer aún de proyección en el exterior[136].

---

[130] En este sentido, afirma el TJUE que el "derecho exclusivo se concede para permitir que el titular de la marca proteja sus intereses específicos como titular de dicha marca, es decir, para garantizar que ésta pueda cumplir las funciones que le son propias y que, por lo tanto, el ejercicio de este derecho debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca": STJUE de 19.7.2012, *Pie Optiek* (asunto C-376/11), y STJUE de 6.2.2014, *Leidseplein Beheer BV* (asunto C-65/12). Según la STS, 1ª, de 26.2.2016, en RJ 2016, núm. 105 (M.P.: Pedro José Vela Torres): "El derecho (de marca) no es absoluto y está sometido a determinadas limitaciones. Entre otras cosas, porque el derecho de exclusiva consustancial a la marca, llevado a sus últimas consecuencias, puede originar determinadas disfunciones en el mercado; por un lado, al restarle transparencia, y, por otro, al lesionar los legítimos intereses de los competidores, por servir de obstáculo para su desempeño comercial lícito" [sobre esta STS: SUÑOL LUCEA (2016.a), *passim*].

[131] *V., ad ex.,* STJUE de 18.6.2009, *L'Oréal y otros* (asunto C-487/07); STJUE de 23.3.2010, *Google France y Google* (asuntos C-236/08 a C-238/08); STJUE de 22.9.2011, *Interflora y otros*, (asunto C-323/09); STJUE de 15.12.2011, *Frisdranken Industrie Winters BV* (asunto C-119/10); STJUE de 19.9.2013, *Martin Y Paz Diffusion* (asunto C-661/11); y STJUE de 3.3.2016, *Daimler AG* (asunto C-179/15).

[132] Entre otras: STJUE de 11.9.2007, *Céline* (asunto C17/06), y STJUE de 12.7.2008, *O2 Holdings Limited* (asunto C-533/06).

[133] Sobre la 4ª (menoscabo de las funciones del signo prioritario): SUÑOL LUCEA (2018), *passim.*

[134] STJUE de 12.11.2002, *Arsenal Football Club* (asunto C206/01); STJUE de 11.9.2007, *Céline* (asunto C17/06); y STJUE de 12.7.2008, *O2 Holdings Limited* (asunto C-533/06).

[135] STJUE de 12.7.2011, *L'Oréal SA y otros* (asunto C324/09); contrario a esta interpretación (y, a mi juicio, con cierto): CARBAJO CASCÓN (2012), págs. 166 y 167.

[135] STJUE de 19.7.2012, *Pie Optiek SPRL* (asunto C-376/11).

[136] GARCÍA VIDAL (2000), pág. 72; SUÑOL LUCEA (2012), pág. 9 y ss.; PEGUERA POCH (2012-13), pág. 187.

b).- Por otro lado, la exigencia de que la actividad económica para la que se realiza el uso posea ánimo de lucro ha de considerarse excesiva, al dejar al margen del *ius prohibendi* ciertos usos carentes de finalidad lucrativa, pero susceptibles de perjudicar injustificadamente algunos de los intereses inherentes al derecho de marca[137]. En rigor, lo decisivo para que se entienda cumplida esta exigencia no es el ánimo de lucro, sino que el uso del signo posea una finalidad económica, ya sea a favor de quien lo ejecuta o de un tercero[138].

2ª) Segunda: La utilización del signo en relación con productos y servicios. - La exigencia de que el uso del signo (una denominación social, en lo que aquí interesa) se efectúe "en relación con productos o servicios" también merece un comentario. Lo primero que llama la atención es que en el sistema de marcas actual ya no sea habla de uso del signo "para productos o servicios", como se hacía en la DM 1988. La DM 2015 reemplaza dichos términos por otros que, aunque similares, parecen tener un significado algo más amplio: "en relación con productos o servicios"[139].

Para determinar su alcance exacto pueden revestir utilidad las declaraciones que se contienen en el Considerando 18 DM 2015. Se afirma en él, en concreto, que "sólo existe violación de marca cuando se constate que la marca o el signo infractor se utiliza en el tráfico económico *a efectos de distinguir productos o servicios"*[140]. De estas palabras no es desacertado inferir que, al parecer, para el legislador europeo de 2015 se ha de equiparar la utilización de un signo "en relación con productos o servicios" con la utilización de un signo "a título de marca", pues cabe hablar de uso marcario cuando el signo se utiliza con la finalidad —o "a efectos" como dice el Considerando 18 DM 2015— de distinguir productos o servicios[141].

La aceptación de la conclusión anterior —que parece razonable— exige conocer el modo en que el TJUE interpreta los términos "uso a título de marca". Y lo cierto es que lo hace de forma bastante amplia[142]. A su juicio, para constatar dicho uso no se exige que el signo indique el exacto y concreto origen empresarial de los productos o servicios[143]. Es suficiente que el uso del signo sugiera en el público la existencia de un vínculo o conexión entre el signo y los productos o servicios comercializados o prestados por su titular[144]. De hecho, puede decirse que, según

[137] Ampliamente: SUÑOL LUCEA (2012), págs. 12 y ss.

[138] GARCÍA VIDAL (2000), págs. 72 y 73. Empero, no faltan quienes integran el elemento lucrativo en la interpretación de los términos "tráfico económico", sosteniendo que "el empleo de una denominación social será marcariamente relevante, desde la perspectiva del requisito del uso en el tráfico económico, cuando un operador económico la proyecte externamente en el marco de una actividad económica con ánimo de lucro": CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 296.

[139] Aunque es cierto —como puso de manifiesto alguna doctrina— que, en rigor, la DM 1988 no exigía literalmente que el signo fuese usado "para distinguir productos o servicios" —como ocurría, sin embargo, en el art. 31.1 LM 1988—, sino sólo que fuese utilizado "para productos o servicios": *v.* MONTEAGUDO MONEDERO (2010), pág. 10, quien valoraba positivamente esta redacción de la DM por no predeterminar la opción del legislador nacional sobre la superación o no de la exigencia de utilización a título de marca, y por excluir de entre las modalidades de uso relevante aquellas en las que no está presente la conexión entre signo y producto o servicio.

[140] "La utilización del signo *a efectos distintos de distinguir productos o servicios* [—prosigue el Considerando 18 DM 2015—] debe estar sujeta a las normas de Derecho nacional"; la cursiva es mía.

[141] Conformes: SUÑOL LUCEA (2019) y GARCÍA VIDAL (2016), págs. 3 y 4; el último de estos autores encuentra también fundamento a esta interpretación en el art. 10.6 DM 2015 que, al permitir que los Estados protejan la marca "contra el uso de un signo que se efectúe con fines diversos a los de distinguir los productos o servicios", faculta al intérprete a entender que las disposiciones de la directiva no se extienden hasta este tipo de actos.

[142] Una muy buena síntesis *v.* en SUÑOL LUCEA (2016) y (2018); en el último lugar concluye expresamente esta autora que de todas las consideraciones doctrinales "parece desprenderse la idea de que, a juicio del TJCE, el empleo de un signo se reputa «para productos o servicios», cuanto menos si se utiliza para promover las propias prestaciones con independencia de que no indique la procedencia empresarial de los propios productos o servicios".

[143] A favor de esta interpretación amplia: MONTEAGUDO MONEDERO (2010), pág. 4, quien manifiesta que "la experiencia actual muestra que en ocasiones es posible inducir a error a los consumidores, aunque el signo ajeno no se utilice para designar los propios productos o servicios".

[144] STJUE de 23.10.2003, *Adidas-Salomon AG* (asunto C-408/01); STJUE de 11.9.2007, *Céline* (asunto C17/06).

la jurisprudencia del TJUE, la existencia de este vínculo o conexión constituye el factor esencial para determinar si existe o no utilización a título de marca[145].

> En esta dirección se pronuncia la STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 2015: "Como recordábamos en la sentencia 228/2013, de 12 de abril, el TJUE, en su sentencia de 11 de septiembre de 2007, (C- 17/2006), entiende que la denominación social se emplea para distinguir productos o servicios, en el sentido del art. 5.1 de la Directiva, no sólo «cuando un tercero pone el signo constitutivo de su denominación social [...] en los productos que comercializa», sino también cuando lo utiliza «de manera que se establezca un vínculo entre el signo constitutivo de la denominación social [...] y los productos que comercializa o los servicios que presta [...]». Y en este sentido debemos entender la enumeración ejemplificativa que hacíamos de usos de la denominación social como signo distintivo en el mercado, a los efectos del art. 34.2 LM : «cuando consta en el etiquetado de los productos, en catálogos o muestrarios, en la documentación de la empresa, en la publicidad comercial, en los almanaques con que se obsequian a los clientes, etc. » (sentencia 485/2004, de 27 de mayo , citada por las posteriores sentencias 632/2008, de 4 de julio , y 228/2013, de 12 de abril)"[146].

Es verdad que el TJUE no siempre ha mantenido esta interpretación amplia de los términos "uso a título de marca"[147]. Sus inicios se corresponden, en concreto, con lo que alguna doctrina ha dado en conocer, expresivamente, como la "fase del aguamiento", a partir de la cual el TJUE empezó a relajar de un modo importante la noción de uso a título de marca tal como ésta venía concibiéndose con anterioridad[148]. Pero no es menos verdad, al mismo tiempo, que en el sistema de marcas derivado de la DM 2015 existen ciertos datos que permiten pensar en la pervivencia de cara al futuro de esta generosa interpretación[149]:

1º.- En primer lugar, el hecho de que dentro del listado de actos comprendidos dentro del *ius prohibendi* conferido al titular de la marca, tanto la DM 2015 [art. 10. 3 letra f)] como la LM 2001 [art. 34.3 letra g)] incorporan la utilización del signo en la publicidad comparativa, que, como se sabe, no constituye un uso a título de marca, sobre todo cuando se realiza con la finalidad de resaltar las ventajas de una oferta comercial.

2º.- En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que la DM 2015 (art. 10.5), al igual que hizo en su día su predecesora —la DM 1988 (art. 5.5)—, deja libertad a los Estados miembros para incorporar modalidades de uso diferentes a las de distinguir productos o servicios. Lo que no ha impedido al TJUE incluir, entre los usos marcariamente relevantes, usos distintos de los realizados a título de marca.

Como se sabe, a las exigencias analizadas (*uso de un signo en el tráfico económico en relación con productos o servicios*) se ha de añadir la constatación de la existencia de un "riesgo de confusión" entre el signo prioritario y el usado con posterioridad (o "de asociación" en caso de signos prioritarios renombrados) [art. 34.2 LM]. Al respecto, conviene apuntar que, según se acepta mayoritariamente por la doctrina industrialista, el riesgo de confusión marcario se construye sobre parámetros abstractos. Quiere con ello indicarse que para su constatación es indiferente la existencia de una situación de confusión real o potencial en el tráfico económico. Antes bien, basta con que los signos enfrentados sean idénticos o similares y que el mismo juicio de identidad o similitud sea

---

[145] *V.,* aunque en tono crítico, SUÑOL LUCEA (2012), págs. 22 y ss.; con anterioridad a la DM 2015, sostenía ya esta interpretación: MONTEAGUDO MONEDERO (2010), págs. 9 y ss.

[146] STS, 1ª, de 6.7.2015, núm. 2015/375 (MP: Ignacio Sancho Gargallo); la cursiva es mía.

[147] Analiza con rigor esta amplitud—y las implicaciones que de ella se derivan— SUÑOL LUCEA (2012), págs. 44 y ss., quien extrae las siguientes conclusiones: 1ª) el requisito de uso en el tráfico económico se interpreta de forma tan generosa que llega a comprender utilizaciones mixtas (como, por ejemplo, el uso del signo confundible en productos de *merchandising*); 2ª) para que el uso de un signo incompatible con un marca anterior quede comprendido dentro del *ius prohibendi* no es necesario que se utilice para distinguir los productos o servicios del tercero que emplea el signo, sino que basta un uso con fines promocionales; 3ª) en ciertos casos la protección de la marca se extiende a casos en los que signo no se usa como indicador de procedencia.

[148] *Íbidem*, págs. 28 y ss.

[149] SUÑOL LUCEA (2019), *passim.*

predicable de las prestaciones o actividades por ellos designadas[150]. Cierto es, no obstante, que con el paso del tiempo el TJUE se ha ido distanciando de esta forma de interpretar la noción de riesgo de confusión, confiriéndole un marcado carácter fáctico[151], que lo aproxima bastante al riesgo de confusión tal como viene siendo concebido en el Derecho de la competencia desleal[152].

iv. Relevancia de los materiales normativos expuestos para la disciplina marcaria de la denominación social

Tras este breve *excursus* sobre el significado de los términos "tráfico económico" y uso de un signo "en relación con productos o servicios", creo que hay base legal para concluir que, tras la DM 2015, dejan de estar permitidos usos de la denominación social en el tráfico económico que con anterioridad a dicha norma podían considerarse admisibles. Sobre todo, a la vista del modo en que venía interpretándose la limitación marcaria relativa al uso del nombre en el tráfico económico [arts. 6.1 a) DM 1988 y 37 LM 2001] y a la ausencia de una regulación del *ius prohibendi* similar a la que hoy se contiene en la LM 2001 [en concreto, en su el art. 34.3 letra d), en los términos más arriba analizados].

Me refiero a aquellos casos —cada día más frecuentes— en los que el uso de la denominación social trasciende el tráfico jurídico en sentido estricto (ámbitos negocial y procesal) y alcanza al mercado y, por tanto, a quienes en él actúan en condición de consumidores o usuarios. Así ocurre, por ejemplo, "cuando consta en el etiquetado de los productos, en catálogos o muestrarios, en la documentación de la empresa, en la publicidad comercial, en los almanaques con que se obsequia a los clientes, etc."[153]. Sin que deba perderse de vista que "hay multitud de disposiciones legales que obligan al empresario a reproducir su denominación social en sus productos o servicios —etiquetas, envases, folletos publicitarios, albaranes, etc.—[154]. Además, la mayor formación de los consumidores y usuarios en el conocimiento de sus derechos y el desarrollo experimentado por las llamadas "marcas blancas" ha hecho que muchos consumidores presten hoy bastante más atención que en épocas pasadas a los etiquetados de los productos[155].

---

[150] Entre otros muchos: MONTEAGUDO MONEDERO (1993), págs. 91 y 92; GARCÍA VIDAL (2000), págs. 82 y 83; PORTELLANO DÍEZ (2009), pág. 177; CARBAJO CASCÓN (2018), pág. 677; CASADO NAVARRO (2019), págs. 300 y ss. Empero, advierte SUÑOL LUCEA (2012), pág. 60, que "esta interpretación no ha hecho fortuna en la jurisprudencia comunitaria que, por el contrario, ha ido convirtiendo progresivamente la noción de riesgo de confusión, a los efectos del art. 5 de la DM, en una cuestión marcadamente fáctica".

[151] Como explica y argumenta SUÑOL LUCEA (2012), págs. 60 y ss.

[152] En el Derecho de la competencia desleal, en efecto, la confusión no está condicionada por un alto grado de abstracción, sino que reviste carácter fáctico. De ahí que su examen haya de realizarse caso por caso y no se limite a la confrontación de los signos y de las prestaciones por ellos designadas, sino que tome en consideración todas las circunstancias de la práctica que puedan coadyuvar a inducir a error al consumidor sobre la procedencia empresarial de los productos, servicios o actividades: MASSAGUER FUENTES (1999), págs. 174 y ss.; MONTEAGUDO MONEDERO (1993), págs. 91 y 92; PORTELLANO DÍEZ (2009), págs. 177 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), pág. 304; entre otros.

[153] STS, 1ª, de 27.5.2004, núm. 2004/485 (M.P.: Clemente Auger Liñán); por su interés, reproduzco a continuación parte de las consideraciones contenidas en su FD 3º: "El nombre comercial tiene encomendada por el ordenamiento jurídico la función de diferenciar, en el tráfico económico, a la empresa o, si se prefiere, al empresario en el ejercicio de su actividad empresarial-concurrencial. Teóricamente, la distinción funcional entre la denominación social y el nombre comercial parece claro: mientras la denominación social identifica a un sujeto de derecho, el nombre comercial diferencia, e indirectamente identifica, a la empresa y/o al empresario-operador económico (sujeto en el ejercicio de la actividad concurrencial). Pero, la denominación social, aunque funcionalmente relevante, de forma prioritaria, en el ámbito negocial, tráfico jurídico, está también llamada, en no pocas ocasiones, a ser utilizada en el mercado. Así acontece cuando consta en el etiquetado de los productos, en cátalogos o muestrarios, en la documentación de la empresa, en la publicidad comercial, en los almanaques con que se obsequia a los clientes, etc.,. Su utilización en el tráfico económico hace muy díficil, a veces imposible, diferenciar entre nombre comercial y denominación social. De ahí que la última doctrina científica señale la gran dificultad que existe en torno a distinguir entre los respectivos ámbitos de actuación de una persona jurídico-societaria en cuanto a sujeto de derecho y en cuanto a empresario en el ejercicio de su actividad empresarial, es decir, entre denominación social y nombre comercial".

[154] RDGRN de 5.5.2015: BOE núm. 136, de 8/07/2015.

[155] Prueba de ello es que abundan en Internet noticias y tutoriales que muestran al consumidor cómo debe leer e interpretar dichos etiquetados. En este sentido, señala la doctrina que, al aparecer con frecuencia la denominación social en el envase de los productos y en la publicidad, el público de los consumidores, cada vez más atento, asocia al signo denominativo el crédito o reputación que le merecen los productos o servicios comercializados o prestados por la sociedad: DÍAZ GÓMEZ (1995), págs. 106 y ss.

> Es más, como ha precisado el TS en alguna ocasión, el hecho de que los empresarios colectivos resulten obligados legalmente a etiquetar sus productos mencionando expresamente en el etiquetado su denominación social "no justifica el uso de una denominación social confundible" con un distintivo prioritario[156].

Por consiguiente, en el nuevo sistema de marcas resultante de la DM 2015 el titular de una denominación social carece de la posibilidad de usarla en el tráfico económico sin conculcar los intereses de un signo prioritario con el que resulte confundible. Y es que la denominación social, dada su condición de nombre de una "persona jurídica-empresa", desarrolla en dicho ámbito (aunque sea de forma refleja o indirecta) una función diferenciadora de las prestaciones empresariales que el ente colectivo ofrece al mercado en el ejercicio de las actividades constitutivas de su objeto social[157].

De modo que a toda utilización de la denominación social en el tráfico económico se anuda una consecuencia jurídica relevante: la posibilidad de que el sector del público interesado pueda establecer una conexión o vínculo entre el signo denominativo en que consista la denominación social y las prestaciones empresariales aludidas. Y existiendo dicho vínculo, parece posible hablar de un uso marcariamente relevante, en el sentido de "realizado en el tráfico económico" y "en relación con productos o servicios".

> Así pues, cuando el Considerando 19 DM 2015 establece que "(e)l concepto de violación de marca también ha de incluir el uso de un signo como nombre comercial o *designación similar* siempre que tal uso *responda al propósito de distinguir productos o servicios*"[158], lo que quiere decirse, a mi entender, es que el empleo de una denominación social (a la que se alude de forma indirecta con los términos "designación similar") en el tráfico económico puede constituir una violación de un derecho de marca prioritario aun cuando se utilice en concepto de denominación social. Así ocurrirá en los casos en que sea susceptible de generar en el público la conexión o vínculo a los que me vengo refiriendo, lo que, según he tratado de precisar más arriba, parece ocurrir siempre que la denominación social se usa en tráfico económico[159].

Entiendo, por tanto, que ha de considerarse superada la interpretación del TJUE según la cual se ha de incluir a la denominación social —junto con el nombre comercial y el rótulo de establecimiento— dentro del conjunto de signos que no tienen *per se* la finalidad de diferenciar productos o servicios en el tráfico económico (SSTJUE en los casos *Robelco, Anheuser-Busch Inc.* y *Céline*)[160]. A mi juicio, esta interpretación no es atinada por responder a una concepción parcial o incompleta de la denominación social, atenta sólo a su dimensión "personal" o "subjetiva",

---

[156] STS, 1ª, de 21.12.2011, núm. 2011/916 (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); en esta sentencia, al resultar probado el uso de la denominación social en el etiquetado de los productos que elabora y vende la sociedad (se trataba, en concreto, de botellas de vino) con la finalidad de "identificarse como entidad embotelladora", el TS terminó dando por probado un uso de la denominación social a título distintivo (en concreto, como nombre comercial no inscrito).

[157] Esta idea será desarrollada *infra*, al abordar la dimensión "objetiva-patrimonial" que es inherente a la denominación social.

[158] El subrayado es mío.

[159] No comparte estas ideas: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 3030, quien, con apoyo en el Considerando 19 de la DM 2015, apunta que "mientras que el nombre comercial se emplea en el tráfico económico en relación con productos y servicios, dado que se trata de un signo distintivo, el empleo de una denominación social [en el tráfico económico] no conlleva *per se* dichas circunstancias". Tampoco de acuerdo, al parecer, GARCÍA VIDAL (2016), pág. 4, quien entiende que, a la luz de lo dispuesto en el DM 2015, el uso de un signo como nombre comercial o como denominación social no siempre da lugar a infracción de un derecho de marca prioritario, sino sólo cuando con dicho uso se pretenda distinguir productos o servicios; a lo que seguidamente añade —con fundamento en la STJUE del asunto *Céline*—que "(n)o obstante, en tal caso no estaremos en realidad ante un verdadero uso como denominación social o nombre comercial".

[160] En palabras del TJUE, "una denominación social, un nombre comercial o un rótulo de establecimiento no tiene por sí mismo la finalidad de distinguir productos o servicios. En efecto, una denominación social tiene por objeto identificar una sociedad, mientras que un nombre comercial o un rótulo tiene por objeto designar un establecimiento mercantil. Por tanto, cuando el uso de una denominación social, de un nombre comercial o de un rótulo de establecimiento identifica una sociedad o designa un establecimiento mercantil, no puede considerarse que existe «*para productos o servicios*» en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva [con referencia a la DM 1989]": STJUE de 21.11.2002, *Robelco* (asunto C-23/01); STJUE de 16.11.2004, *Anheuser-Busch Inc.* (asunto C-245/02); y STJUE de 11.9.2007, *Céline SARL* (asunto C-17/06).

como nombre identificador de una persona jurídica[161]. Más adelante tendré oportunidad de insistir sobre esta idea que ahora me limito sólo a apuntar[162].

b) Valoración: Bienvenida a estos cambios por su acomodo a la realidad regulada

i. Preliminar: Juicio esencialmente positivo de los cambios expuestos

Expuestos los cambios acometidos en la materia objeto de análisis por la DM 2015 y el RDL 23/2018, es ahora el momento de valorarlos. El título que he dado al presente epígrafe anticipa el sentido de mi valoración. Ésta es, en líneas generales, positiva. A mi juicio, en efecto, ha de darse la bienvenida a los cambios analizados que, en síntesis, pueden concretarse básicamente en las siguientes ideas[163]:

-*Primera.*- El uso de la denominación social en el tráfico económico posee aptitud distintiva (o carácter distintivo, si se prefiere) de las prestaciones que el ente colectivo ofrece al mercado en el ejercicio de las actividades constitutivas de su objeto social.

-*Segunda.*- De lo anterior deriva, por un lado, que dicho uso no se configure como una limitación del derecho de marca y, por otro, que, en caso de llevarse a cabo, el titular de un signo distintivo prioritario (marca o nombre comercial) esté facultado para reaccionar frente a él mediante el ejercicio de su *ius prohibendi.*

Por tanto, en el Derecho de marcas vigente ya no es necesario —como apunta, en cambio, el TS en su sentencia (Sala 1ª) de 6 de julio de 2015—, analizar qué concreto uso ha hecho la sociedad de su denominación social en el tráfico económico, a fin de juzgar "si la identificación de la sociedad puede generar esa percepción de conexión entre la sociedad y los productos que comercializa o los servicios que presta".

La irrelevancia de este análisis deriva de que, como vengo diciendo, según parece inferirse del sistema de marcas derivado de la DM 2015, todo uso de la denominación social realizado en el tráfico económico se reputa dotado de aptitud distintiva de las prestaciones empresariales anudadas a la empresa societaria y, por tanto, susceptible de ser jurídicamente perseguido por el titular de un signo distintivo prioritario.

> En palabras del TS cabría decir que el legislador de 2015 parte de entender que "la utilización de la denominación en documentos de negocios, publicidad, facturas, pedidos, etc. (…) evocará, sin remedio, el producto de la competencia o la procedencia empresarial"[164].

De modo que, a la vista de las reformas acometidas en la LM por el RDL 23/2018, la tarea principal a resolver por el jurista no reside en dilucidar si la denominación social se usa en concepto de denominación social en sentido estricto o como distintivo de la empresa societaria. La cuestión fundamental a la que ha de hacer frente el intérprete consiste en determinar el ámbito concreto en el que se lleva a cabo el uso de la denominación social. Y es que si dicho ámbito es el "tráfico económico", la ley parte de entender que la utilización de la denominación social posee

[161] SUÑOL LUCEA (2012), pág. 35 y, tras ella, CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 302, apuntan, sin embargo, que, pese a la amplitud con la que el TJUE interpreta la expresión "uso a título de marca", se mantiene incólume en la actualidad la ausencia de vínculo o conexión marcariamente relevante en los casos en que el signo confrontado con la marca prioritaria se utiliza con fines de identificar a una sociedad, como ocurre con la denominación social. En rigor, esta tesis fue sostenida por el TJUE en la llamada (por SUÑOL LUCEA) "fase tradicional", a la que posteriormente siguió la "fase del aguamiento" aludida en el texto.

[162] *Infra*, epígrafe 2.3.a.b).iii.

[163] Cierto es que la primera de ellas fue ya sostenida por la doctrina con anterioridad a la DM 2015: "El uso de la denominación social en la publicidad y documentación comercial y en el etiquetado de los productos, aunque realizado pretendidamente en concepto de denominación social, reviste *per se* un cierto efecto distintivo-publicitario que guarda estrecha analogía con el que desempeñan los signos distintivos de la empresa y, muy en particular, el nombre comercial" (MIRANDA SERRANO, 1997, pág. 363); también en esta dirección: CERDÁ ALBERO (1996) pág. 6978.; SALELLES CLIMENT (2002), págs. 265; entre otros.

[164] STS, 1ª, de 4.7.2008, núm. 2008/632 (M.P.: Jesús Corbal Fernández).

carácter distintivo y, por tanto, es susceptible de interferir negativamente sobre otros derechos de propiedad industrial prioritarios[165].

Lo anterior con independencia de que la denominación social sea utilizada en dicho ámbito —el tráfico económico— en concepto de denominación social en sentido estricto (por ejemplo, para indicar la identidad del fabricante de un producto en su etiquetado, al lado de una marca destacada a través de caracteres tipográficos de gran tamaño) o de signo distintivo (como elemento decisivo de determinadas comunicaciones publicitarias o promocionales).

Se explica así la relevancia que en el sistema de marcas vigente ha de conferirse a la diferenciación entre uso de la denominación social en el "tráfico económico" y en el "tráfico jurídico", en el sentido que analizo a continuación.

ii. La compleja —pero necesaria— diferenciación entre uso de la denominación social en el tráfico económico y en el tráfico jurídico

La valoración esencialmente positiva de esta regulación no significa que carezca de puntos débiles. Toda norma tiene siempre elementos susceptibles de crítica. Y esto ocurre con mucha mayor frecuencia e intensidad cuando, como en este caso, la norma en cuestión trae causa de una Directiva comunitaria, fruto del consenso —no siempre fácil— entre los distintos Estados integrantes de la Unión Europea.

Entre las principales debilidades de esta nueva regulación, está el que la atribución o no de carácter distintivo a la denominación social pivota sobre un dato fáctico que no siempre es de fácil constatación en la realidad mercantil. Me refiero a que su uso tenga lugar en el tráfico jurídico o en el económico: ¿Cómo discernir cuándo se produce en uno u otro ámbito?

La cuestión es ciertamente delicada. El tráfico contemporáneo reviste tal grado de complejidad que los diferentes espacios que lo conforman no siempre se prestan a una clara delimitación[166]. Más aún cuando la figura de la que se habla es la denominación social. Sobre todo, por la existencia en los entes colectivos de una creencia generalizada —que se hizo fuerte especialmente a partir de la entrada en vigor del EPI 1929— en virtud de la cual entienden que el acceso de sus denominaciones sociales al Registro Mercantil les autoriza a usarlas en el mercado en concepto de distintivos empresariales[167].

---

[165] Por tanto, entiendo que han de entenderse superadas las siguientes afirmaciones realizadas por el Abogado General Sharpston en el asunto C17/06, *Céline*: "En particular, una denominación social no tiene que usarse necesariamente «para» productos o servicios que la sociedad entrega «en el tráfico económico». Su uso puede limitarse a circunstancias más formales, cuando la sociedad opera con uno o varios nombres distintos. Incluso cuando se usa la denominación social en alguna relación con bienes o servicios en el tráfico económico, dicho uso no necesariamente distingue bienes o servicios, designa su procedencia o denota la existencia de una relación material en el tráfico económico con el titular de una marca idéntica o similar".

[166] En palabras de GONDRA ROMERO (1997), pág. 39, "hay que descartar la posibilidad de trazar una separación nítida entre uno y otro campo". En parecidos términos, PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2006), pág. 573: "obviamente muchas veces no es fácil averiguar si la denominación se utiliza como denominación (es decir, como firma subjetiva para suscribir documentos jurídicos) o como signo distintivo (es decir, como firma objetiva para atraer la atención de la clientela". En esta misma dirección, *ad ex.*, MENÉNDEZ Y VAQUERIZO (2007), pág. 180.

[167] Entre otros: BOTANA AGRA (1996), pág. 17; MIRANDA SERRANO (1997), pág. 246; ÍDEM (2007), pág. 43; CABANAS TREJO (2006), pág. 107; ÍDEM, (2018.a), pág. 1; CASADO NAVARRO (2019), pág. 355. En palabras de CABANAS (2006), pág. 107, nota 139, "en una sociedad abocada al desempeño de una actividad empresarial, parece natural que lo primero en venir a la mente sea precisamente la utilización del nombre social para concurrir en el mercado". En este mismo sentido, señala CASADO —en la dirección apuntada, entre otros, por MASSAGUER FUENTES (2002), pág. 13 y CURTO POLO (2008), pág. 304— que de una simple comparación de datos estadísticos sobre constitución de sociedades e inscripción de signos distintivos, se desprende que en la actualidad existen muchas más sociedades que distintivos en vigor; a lo que añade que, si se tiene en cuenta que una sociedad mercantil sólo puede identificarse en el tráfico jurídico con una denominación social mientras que puede operar en el mercado con varios signos distintivos, y que los signos distintivos no pueden ser solicitados únicamente por empresarios colectivos, la conclusión final que se obtiene no es otra sino que constituye una práctica común que las sociedades mercantiles utilicen su denominación social no sólo como denominación social en sentido estricto sino también como signo diferenciador de sus prestaciones y actividades: CASADO NAVARRO (2019), pág. 355. Por otra parte —aunque en directa conexión con lo anterior—, téngase en cuenta que, ante la pregunta de si puede un mismo distintivo registrarse como marca, denominación social y nombre de dominio, la OEPM no duda en responder afirmativamente en los siguientes términos:

> En este sentido, dice la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2015 que "(l)os conflictos entre las denominaciones sociales y los signos distintivos (nombres comerciales y marcas), derivan de la no siempre clara distinción entre la identificación del empresario como persona jurídica y la de la empresa o actividad empresarial que lleva a cabo, y de que el deslinde entre la vertiente jurídica y la económica competitiva de las sociedades actuantes en el mercado puede ser difícil de percibir por los operadores del mismo desde el momento en que, para tales operadores, la denominación social es un factor de diferenciación. El conflicto se agudiza cuando, además, hay multitud de disposiciones legales que obligan al empresario a reproducir su denominación social en sus productos o servicios (etiquetas, envases, folletos publicitarios, albaranes, etc.)"[168].

En todo caso, es claro que la diferenciación entre ambos tipos de tráfico se presenta como una cuestión fáctica. De ahí que no le falte razón a cierta doctrina cuando apunta que "la sutileza de cuándo el tráfico pasa de jurídico a económico" se resiste a una "formulación general y abstracta". En rigor, todo va a depender de las circunstancias concurrentes en cada caso. Y muy probablemente del grado de difusión alcanzado por la denominación social. De modo que la difusión lograda por un determinado instrumento empresarial —como, por ejemplo, una factura— merecerá una valoración diferente si ha tenido lugar únicamente entre los profesionales del sector en el que actúa la empresa societaria (tráfico jurídico) o, por el contrario, ha alcanzado al público de los consumidores y usuarios (tráfico económico)[169].

> En el Derecho positivo encontramos manifestaciones expresas de la gran dificultad que entraña diferenciar cuándo una denominación social se utiliza como tal en el tráfico jurídico o en concepto de distintivo —en concreto, como nombre comercial— en el tráfico económico. Éste es el caso, por ejemplo, del art. 6.4 de la Ley de Sociedades Profesionales (LSP)[170]. A diferencia de lo que se establece, a modo de regla general, en el art. 401.1 RRM para las denominaciones sociales subjetivas, el referido art. 6.4 LSP opta por el mantenimiento en la denominación social del nombre del sujeto que deja de ser socio de la sociedad[171]. Y todo apunta a que con ello no se pretende otra cosa que proteger el interés de los socios profesionales y de la clientela, habida cuenta de la conexión tan estrecha que existe entre la denominación social y la reputación del ente societario[172]. Ahora bien, ¿la condición de elemento colector de clientela y condensador del prestigio empresarial no es propia de los signos distintivos?; ¿Por qué, sin embargo, se predica aquí de la denominación social? Sencillamente, porque en muchos casos es muy difícil diferenciar entre uso de una denominación en concepto de denominación social en el tráfico jurídico, y uso de una denominación a título de nombre comercial en el tráfico económico[173]. A lo que se ha de añadir, además, la dimensión "objetiva y patrimonial" que es inherente a la denominación social en cuanto que nombre —siquiera reflejo o indirecto— de la empresa societaria.

Ahora bien, sin negar lo anterior —y sin desconocer que siempre existirán supuestos concretos de difícil y compleja calificación—, no deben desaprovecharse a estos efectos los esfuerzos que la doctrina y los tribunales vienen realizando desde hace ya algún tiempo a fin de diferenciar los dos sectores del tráfico referidos[174].

En este sentido, cabe categorizar como usos de la denominación social en el tráfico jurídico en sentido estricto los realizados en las esferas contractual y procesal, en donde el interés de los terceros (sujetos privados o públicos) reside principalmente en la veracidad de las indicaciones que sobre su titular se contienen en el nombre social en

---

"Es frecuente que las empresas elijan una denominación y la protejan como marca, nombre comercial, denominación social y nombre de dominio para concentrar sus esfuerzos y sus inversiones publicitarias" (v. https://www.oepm.es).

[168] RDGRN de 5.5.2015: BOE núm. 136, de 8/07/2015.

[169] CABANAS TREJO (2018.a), pág. 7.

[170] Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales: BOE núm. 65, de 16/03/2007.

[171] Su tenor es el siguiente: "El mantenimiento en la denominación social del nombre de quien hubiera dejado de ser socio que deba responder personalmente por las deudas sociales, no implicará su responsabilidad personal por las deudas contraídas con posterioridad a la fecha en que haya causado baja en la sociedad".

[172] CAMPINS VARGAS (2000), págs. 199 y ss.; ORTEGA REINOSO (2007), págs. 10 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN (2013), pág. 303.

[173] MIRANDA SERRANO (2007), págs. 45 y 46; RODRÍGUEZ PÉREZ (2010), pág. 112.

[174] Sin perjuicio de lo que se dice a continuación, *v.* las consideraciones que sobre esta materia efectúa GONDRA ROMERO (1997), págs. 39 y 40.

su condición de nombre-firma. Razón por la cual cabe decir que forman parte de dicho ámbito todos aquellos usos en los que la sociedad utiliza su denominación social como "firma subjetiva" en sentido estricto; por ejemplo, para suscribir los contratos que desea celebrar, satisfacer los créditos de los que es deudora, cumplir los deberes tributarios que tiene contraídos frente a la Hacienda Pública, etc.[175].

En consecuencia, los usos que trasciendan el empleo de la denominación social como "firma subjetiva" en las esferas contractual y procesal y alcancen al público de los consumidores y usuarios forman ya parte del tráfico económico: colocación de la denominación social en el etiquetado de los productos, en el envasado, en almanaques y otra documentación entregada a la clientela, en las páginas web, en la publicidad comercial y otras comunicaciones comerciales emitidas con fines publicitarios y promocionales, etc.[176].

La práctica, en todo caso, siempre va a plantear supuestos de no fácil delimitación. En este sentido, alguna jurisprudencia menor ha entendido —a mi juicio, con acierto— que existe confundibilidad con un signo prioritario (en concreto, riesgo de asociación) y, por tanto, que ha de hablarse de uso de la denominación social en el tráfico económico, cuando aparece incluida en los recibos entregados a los clientes que han pagado con tarjeta[177].

Además, puede también revestir utilidad para discernir qué usos de la denominación social son realizados en el tráfico económico y qué otros son llevados a cabo fuera de él, la labor desarrollada tanto por el TJUE como por la doctrina científica a la hora de interpretar las exigencias necesarias para que se active el *ius prohibendi* del titular de un signo prioritario. Así ha de ser por cuanto que el "tráfico económico" del que habla el legislador al regular dicha materia (cuando exige que haya "uso en el tráfico económico" y "en relación con productos o servicios") ha de ser necesariamente el mismo "tráfico económico" que el aludido en la regulación de las limitaciones del derecho de marca.

Dado que de este asunto ya me ocupé más arriba, baste recordar aquí que la exigencia de que el uso tenga proyección en la esfera externa no supone privar de la condición de usos realizados en el tráfico económico a los preparatorios de la comercialización, pese a carecer aún de proyección en el exterior. Por otra parte, el otro requisito necesario a los ojos del TJUE para hablar de uso en el tráfico económico, esto es, que el uso posea finalidad lucrativa, no es determinante. Lo verdaderamente relevante es que persiga una finalidad económica para quien lo realiza o para un tercero[178].

A la vista de estos criterios, no hay duda de que los usos de la denominación social antes referidos (en el etiquetado de los productos, en el envasado, en almanaques y otra documentación entregada a la clientela, en las páginas web, en la publicidad comercial, etc.) han de ser catalogados propiamente como realizados en el tráfico económico. Razón por la cual no pueden beneficiarse de la limitación marcaria que aquí se analiza. Antes bien, pueden ser perseguidos por titulares de signos prioritarios confundibles.

> A igual conclusión se llega si para determinar si hay o no utilización de la denominación social en el tráfico económico se recurre al modo en que se interpreta doctrinal y jurisprudencialmente la noción de "acto de competencia", con la

[175] MIRANDA SERRANO (1997), pág. 365.

[176] Así, entre otras, la STS, 1ª, de 6.7.2015, en RJ 2015, núm. 375 (MP: Ignacio Sancho Gargallo). En esta dirección cabría afirmar que una cosa es utilizar la denominación social para "suscribir un acto o realizar uno o más negocios jurídicos con personas determinadas", en cuyo caso hay que hablar de uso del nombre social en el tráfico jurídico en sentido estricto en cuanto que signo de identidad personal, y otra cosa bien distinta emplear esa misma expresión denominativa "para hacerse conocer en un determinado ambiente en el desarrollo de una determinada actividad", supuesto en el que debe hablarse del empleo de la denominación social en el tráfico económico en cuanto que signo de identidad empresarial: así, recogiendo el sentir de RAVÀ al respecto, *v.* GONDRA ROMERO (1997), pág. 34, nota 15.

[177] SAP de Barcelona de 4.12.2013 (Rec. 261/2012). En mi opinión, el acierto del órgano jurisdiccional en este caso se debe a que en el supuesto enjuiciado el uso de la denominación social alcanza a la clientela y, por ende, al mercado. Razón por la cual ha de considerarse realizado en el tráfico económico.

[178] Por todos: SUÑOL LUCEA (2012), págs. 12 y ss.

que se delimita, desde el punto de vista objetivo, el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (LCD). Como se sabe, dicha noción pivota sobre dos exigencias:

Primera: Que el comportamiento "sea realizado en el mercado", lo que implica que esté dotado de "trascendencia externa". Según interpreta la jurisprudencia esta exigencia, su verificación requiere que los efectos del acto se manifiesten en el exterior, alcancen al mercado y resulten idóneos para influir en las decisiones económicas que se adopten en dicho ámbito[179]. Razón por la cual no son actos de competencia, por no cumplir esta exigencia, entre otros, los denominados "actos internos", que no traspasan el ámbito privado de su autor o de su organización (p. ej., las comunicaciones internas en el seno de la empresa, a través de las cuales imparten instrucciones para la actuación de los empleados, a no ser de vayan dirigidas al modo en que deben actuar dichas personas en el exterior)[180].

Segunda: Que la conducta de mercado posea "finalidad concurrencial". La LCD no define qué ha de entenderse por tales términos. Se limita a establecer una presunción *iuris tantum* según la cual se presume la existencia de finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en las que se realice el comportamiento, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de prestaciones propias o de un tercero. La jurisprudencia menor define la finalidad concurrencial como todo comportamiento dirigido a influir en la estructura del mercado, a alterar la posición de los operadores en el mercado o a influir en la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas[181]. Entre otras, carecen de finalidad concurrencial las actuaciones en el mercado de personas físicas o jurídicas que no posean la condición de operadores económicos, como es el caso de las asociaciones de consumidores, centros de investigación, entidades sin ánimo de lucro, etc.[182].

Que en los supuestos referidos la denominación social posea carácter distintivo no implica que haya de utilizarse y funcionar necesariamente como nombre comercial. En muchos casos será así. Pero no ha de serlo inexorablemente. Es posible que la sociedad sea titular de un nombre comercial formado por un signo distinto de la expresión denominativa que constituye su nombre social. De modo que aun cuando la denominación social se emplee en el tráfico económico en concepto de denominación social, tendrá carácter distintivo por la posible vinculación o conexión que la clientela puede realizar entre el sigo denominativo y las prestaciones que el ente colectivo ofrece a través de las actividades que desarrolla en ejecución de su objeto social.

Por otra parte, la atribución de un carácter distintivo a los usos de la denominación social en el tráfico económico es independiente de que, junto a la denominación social, aparezca un signo distintivo (marca o nombre comercial) conformado con caracteres tipográficos destacados. Tanto si figuran como si no estos signos, el uso de la denominación social en el tráfico económico parece tener reconocido jurídicamente aptitud distintiva en los términos expresados. De ahí que no se considere inmune para la legislación marcaria derivada de la DM 2015 y el RDL 23/2018.

iii. El acierto de dejar a la denominación social fuera de la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico económico

Aclarado lo anterior, he de insistir ahora en que, desde mi punto de vista, constituye un acierto el paso al frente dado por el legislador de 2015 para dejar a la denominación social fuera de la limitación marcaria sobre la que giran estas reflexiones. A mi juicio, dicha solución legislativa se acomoda a la esencia de la denominación social mucho mejor que la precedente; al menos, tal como ésta venía siendo interpretada por el TJUE y por la generalidad de nuestra doctrina. A continuación expongo el razonamiento que me lleva a esta valoración.

[179] STS, 1ª, de 20.3.1996, núm.1996/223 (M.P.: Teófilo Ortega Torres).

[180] AA.VV. (2011), pág. 18

[181] SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 28.11.2008; SAP de Madrid (Sección 28ª), de 30.11.2009.

[182] AA.VV. (2011), pág. 20.

La solución legislativa según la cual los usos del nombre civil (persona física) y de la denominación social (persona jurídica) en el tráfico económico constituyen limitaciones del derecho de marca cuando se realizan de acuerdo con las prácticas leales en materia industrial o comercial [art. 6.1 a) DM 1988 y arts. 33 LM 1988 y 37 LM 2001], obedece a la concepción clásica de la denominación social, muy arraigada en nuestra comunidad jurídica. De conformidad con ella, se considera que esta figura societaria responde al derecho a la identidad personal de todo ente colectivo, por lo que resulta equiparada al nombre civil de la persona física.

Se explica así, por un lado, que esta concepción clásica sólo reconozca a la denominación social una dimensión "personal o subjetiva", como nombre identificador del ente colectivo en el tráfico jurídico en tanto que sujeto titular de derechos y deberes y centro de imputación de responsabilidades. Y, por otro, que tradicionalmente haya existido un alto grado de consenso doctrinal y jurisprudencial en encuadrar el derecho que a ella y sobre ella tiene el empresario colectivo dentro de los llamados "derechos de la personalidad".

No es difícil vislumbrar que detrás de esta concepción de la figura subyace el pleno convencimiento de que los intereses privados y públicos conexos a las denominaciones sociales son, en bastantes de sus extremos, similares a los que vienen tutelándose tradicionalmente a través de las normas reguladoras del nombre civil; institución que, como se sabe, responde a una necesidad ineludible de orden privado y público cual es la individualización personal[183].

> Esta concepción clásica de la denominación social es la generalmente defendida por la doctrina[184]. Además, ha sido sostenida por la DGRN en muchas de sus resoluciones. Paradigmática resulta, en este sentido, la RDGRN de 10 de mayo de 1946, donde se dice que "la razón social de las Compañías constituye el medio de individualizarlas y denominarlas frente a terceros y al público en general, cuya justificación debe buscarse en análogos fundamentos a los que determinan la necesidad del nombre de la persona natural"[185]. Más recientemente, merece también ser aquí mencionada, entre otras, la RDGRN de 5 de mayo de 2015, en la que se afirma que "(l)a denominación social es consecuencia de la atribución, por parte del ordenamiento y a determinadas entidades, de personalidad jurídica. En el ámbito de las sociedades, que aquí nos ocupa, su fin fundamental es su individualización en el tráfico como sujeto de derecho. Como tal atributo no forma parte del patrimonio de la empresa, en el sentido de no ser la denominación susceptible de ser enajenada ni gravada. Los signos distintivos (marca, nombre comercial) resultan protegidos por el ordenamiento en tanto en cuanto permiten reconocer productos y servicios como procedentes de una empresa determinada, teniendo un valor económico independiente, que se integra en el patrimonio de la empresa como derecho de propiedad industrial, siendo susceptible de constituir el objeto de negocios jurídicos"[186]. También el TS muestra fidelidad a esta tesis en las sentencias que conforman su orientación minoritaria en la resolución de los conflictos entre signos distintivos y denominaciones sociales, cuyo *leading case* es la sentencia recaída en el caso "Hernández Pérez Hermanos, S.A.", en los términos más arriba expuestos.

---

[183] Como se infiere de las definiciones del nombre civil que realiza la doctrina, que lo concibe como "el conjunto de vocablos, integrado por un apelativo individual y dos apellidos (ordinariamente de carácter familiar) que se emplea como signo estable y compendioso para la designación de las personas en la generalidad de sus relaciones jurídicas (...) al que el derecho otorga la adecuada protección por razón del interés público y privado de la individualización de las personas": LUCES GIL (1977), págs. 57 y 58.

[184] *Ad ex.*: PELLISÉ PRATS (1985), págs. 123 y ss.; MARINA GARCÍA-TUÑÓN (1991), págs. 207 y ss.; GARRIDO CERDÁ (1991), págs. 610 y ss.; BAUZÁ GAYÁ (1993), págs. 75 y ss.; PAU PEDRÓN (1995), págs. 443 y ss.; SOTO BISQUERT (1995), págs. 265 y ss.; CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 76 y ss. En el arraigo que esta concepción de la denominación social ha tenido y tiene aún en la doctrina cabe ver la influencia de la doctrina comparada. Entre los entusiastas defensores de esta tesis cabe citar aquí, por ejemplo, a COSTI (1964), págs. 3 y ss., para quien el nombre social es un verdadero nombre civil cuya adopción y utilización responde al derecho subjetivo que tiene todo ente colectivo a su identidad personal, es decir, a que se reconozca su propia individualidad en el ámbito del contexto social en el que se desenvuelve, que —en opinión de este autor— no se circunscribe exclusivamente a la realización de actividades de naturaleza económica. En rigor, esta concepción no sólo es seguida por quienes analizan la figura desde el prisma del Derecho societario. También la aceptan los que se aproximan a la denominación social desde la perspectiva del Derecho de la propiedad industrial. En esta última dirección *v.* así, por ejemplo, BOTANA AGRA (1996), págs. 16 y ss., quien no duda en señalar que al ser la denominación social "un atributo esencial del empresario colectivo dotado de personalidad jurídica, no se ve inconveniente para englobar el derecho sobre aquélla entre los derechos fundamentales que, según el Tribunal Constitucional, deben ser reconocidos a las personas jurídicas en la medida en que son aptos para asegurar el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad" (pág. 16).

[185] El texto de esta RDGRN *v.* en *RDM* (1946), núm. 5, págs. 141 y ss., con comentario de GIRÓN TENA.

[186] RDGRN de 5.5.2015: BOE núm. 136, de 8/07/2015.

Ahora bien, la anterior concepción de la denominación social es parcial o incompleta. Esta figura societaria presenta evidentes diferencias con el nombre civil que hacen que su equiparación con él resulte inapropiada[187].

En primer lugar, se hace necesario reconocer a la denominación social una dimensión "objetiva y patrimonial", que ha de añadirse a la "subjetiva o personal" antes referida. Así ha de ser por cuanto que es el nombre que identifica a una persona jurídica que, desde que nace y hasta que muere, es titular de una empresa: "persona jurídica-empresa"[188]. Y es que, ciertamente —como señala la mejor doctrina—, "la persona social no tiene vida fuera de la actividad para la cual se constituye la sociedad"[189]. Esto explica, entre otras cosas, que el legislador decimonónico exija a la persona física el requisito de la habitualidad para ser considerada comerciante (*rectius,* empresario). Pero, en cambio, exima de dicha exigencia a la persona jurídica, al ser el ejercicio de una actividad empresarial el fin único y exclusivo de su existencia[190].

En efecto, a diferencia de la persona física, que no es exclusivamente comerciante, sino que tiene "su vida personal, sus afecciones, sus amigos, sus placeres y sus vanidades, sus virtudes y sus vicios", una sociedad, en cambio, "no tiene más que un solo fin en la vida: hacer el comercio"[191]. Razón por la cual su nombre, en cuanto que preordenado unidireccionalmente, desde el principio y hasta el final, a la realización de actividades empresariales, adquiere inexorablemente una dimensión "objetiva" y "patrimonial, como nombre —siquiera reflejo o indirecto— de una empresa (*rectius*, "persona jurídica-empresa"), sin que ello conlleve la desaparición de la otra dimensión "personal o subjetiva" en ella presente[192].

> Pese a ser una tesis minoritaria, no faltan en la doctrina quienes abiertamente reconocen una doble cara a la denominación social: "personal o subjetiva" una y "objetiva y patrimonial" otra[193]. En este sentido, me parecen especialmente ilustrativas las siguientes afirmaciones de Gondra Romero: "El nombre-firma no sirve sólo para dar a

---

[187] Además de lo que se expone a continuación —y de la doctrina que se cita en apoyo de lo que se dice—, se ha de tener en cuenta que no faltan en nuestra doctrina quienes —a mi juicio con acierto— niegan que el derecho a la denominación social pueda englobarse dentro de los "derechos de la personalidad": *v.* entre otros, MASSAGUER FUENTES (1994), pág. 4182 y PARICIO SERRANO (1995), pág. 2794.

[188] En expresiva y atinada expresión de VICENT CHULIÁ que posteriormente es seguida en MIRANDA SERRANO (1997), *passim*, especialmente, págs. 349 y ss.

[189] GARRIGUES (1976), pág. 271, nota 37.

[190] LANGLE (1950), pág. 384.

[191] RIPERT (1959), pág. 82.

[192] MIRANDA SERRANO (1997), págs. 323 y ss. En palabras de SALELLES CLIMENT (2002), pág. 265, "estando las sociedades mercantiles llamadas a realizar actividades de carácter empresarial en el mercado", no hay "espacio para la utilización de la denominación social sin finalidad distintiva". Por su parte, LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), págs. 1029 y 1030, se pregunta: ¿Para qué se identifica a una empresa si no es para actuar en el tráfico económico?". En parecidos términos, GARCÍA VIDAL (2001), pág. 68: "La denominación social identifica a la sociedad en el tráfico jurídico como titular de derechos y obligaciones, pero desde el momento en que esa sociedad es titular de una empresa y la denominación social se emplea en el mercado, la denominación adquiere un significado a mayores, distinguiendo también la actividad empresarial de la sociedad".

[193] *V.* entre otros, VICENT CHULIÁ (1991), págs. 399 y 402, quien advierte, por un lado, que la proyección en el tráfico de la denominación social, "designando una empresa, más que una persona jurídica", ha determinado "la formación de un Derecho peculiar, distinto al que rige el Derecho común del nombre civil" (pág. 399), y, por otro, que "con apoyo implícito en la Constitución, en los arts. 33 (derecho de propiedad), 38 (libertad de empresa) y 51 (defensa del consumidor), el RRM contiene una regulación de la denominación social como un bien inmaterial susceptible de apropiación (regulando su prioridad, reserva, caducidad) y, en parte, como signo de identificación en el mercado" (pág. 402); MIRANDA SERRANO (1997), *passim*, pero especialmente, págs. 349 y ss., donde se pone de manifiesto que la estrecha conexión entre sociedad y empresa "fuerza a admitir que la denominación social no sólo es apta para identificar y diferenciar (inmediata o directamente) al empresario colectivo-sujeto jurídico, sino también (mediata o indirectamente) a la empresa; ÍDEM (2007), *passim;* GARCÍA VIDAL (2001), pág. 68, quien sostiene que "(l)a denominación social identifica a la sociedad en el tráfico jurídico como titular de derechos y obligaciones, pero desde el momento en que esa sociedad es titular de una empresa y la denominación social se emplea en el mercado, la denominación adquiere un significado a mayores, distinguiendo también la actividad empresarial de la sociedad"; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), pág. 184, quienes —aunque sin aludir a la empresa— apuntan que "la finalidad de la denominación como instrumento de identificación del sujeto societario difícilmente puede aislarse de la posible proyección de ésta sobre el mercado"; CASADO NAVARRO (2019), *passim*, pero especialmente págs. 96 y ss. y 313 y ss., que alude a la dimensión subjetiva de la denominación pero, junto a ella, le reconoce también lo que denomina "distintividad latente": "En un principio, la denominación social presenta una dimensión puramente subjetiva. Pero a esta dimensión subjetiva puede añadirse, en cualquier momento, una dimensión objetivo-patrimonial. Desde el preciso instante en que la denominación social se usa en el mercado, se entiende que el público identifica en la denominación social el origen empresarial de unas concretas prestaciones o actividades empresariales" (pág. 104).

> conocer la existencia e identidad de una sociedad en un negocio jurídico concreto, sino que exterioriza la Sociedad como figura permanente y, *por reflejo, a la empresa para cuya explotación aquélla se ha constituido*. Por restringido que sea su uso, el nombre-firma *siempre presenta una dimensión objetiva-patrimonial*, incluso cuando la empresa utilice una denominación de otro tipo para anunciarse en el mercado. Su doble significado y función le confiere, pues una doble dimensión para el Derecho. De un lado, una dimensión jurídico-subjetiva, en cuanto nombre de personas; de otro, una *dimensión jurídico-objetiva, como denominación de la empresa*, una realidad que para el Derecho pertenece a la esfera de los objetos. Dos dimensiones que, desde el ángulo de la dogmática jurídica, están en tensión dialéctica, pudiendo presentar puntos de fricción"[194]. Con anterioridad a Gondra, a mediados de la pasada centuria, Emilio Langle ya había reconocido expresamente que en el nombre-firma (y, por tanto, en la denominación social para el caso del empresario colectivo) aparecen generalmente involucradas las dos dimensiones (subjetiva y objetiva) a las que aquí se alude[195].

Pero existe, además, otro relevante dato diferenciador del nombre civil y la denominación social que no debe pasar desapercibido[196]. Me refiero a que la adopción y composición del nombre civil es impuesta por la ley a toda persona física a través del cumplimiento de una serie de reglas imperativas. De ahí que haya que ver en él un importante "aspecto de deber", en la medida en que toda persona resulta obligada a adoptar y utilizar el nombre que legalmente le corresponde en aplicación de las reglas de la filiación[197].

Sin embargo, la adopción y composición de la denominación social —sobre todo en las sociedades de capital, que son las verdaderas protagonistas del tráfico mercantil contemporáneo— está presidida por un principio de amplia libertad, al estar facultados los socios fundadores para elegir la expresión denominativa que deseen, siempre, como es natural, que no conculquen las exigencias (de licitud, disponibilidad, veracidad, etc.) dispuestas por la ley (en especial, por el RRM[198])[199].

Se explica así que cuando una persona física—dotada de un nombre formado con arreglo a las reglas exigidas por el ordenamiento jurídico— decide dedicarse a actividades económicas, el Derecho de marcas le prohíba registrar su nombre como distintivo, cuando resulte confundible con un distintivo prioritario. Pero al mismo tiempo le permite hacer uso de él en el tráfico económico en su condición de elemento de identificación personal, siempre que dicho uso sea conforme con las prácticas leales en materia industrial o comercial, esto es, cumpla las exigencias derivadas de la buena fe. Con la denominación social, en cambio, no debe ocurrir lo mismo, dadas las notables diferencias que la separan del nombre civil[200].

A la vista de lo expuesto, he de concluir que, desde mi punto de vista, existen razones suficientes para dar la bienvenida a la nueva redacción que el RDL 23/2018 —siguiendo a la DM 2015— ha conferido al art. 37.1 letra a) LM 2001, según la cual la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico sólo se refiere al nombre de las personas físicas. En efecto:

---

[194] GONDRA ROMERO (1997), pág. 36 (la cursiva es mía).

[195] LANGLE (1950), pág. 792.

[196] MATHELY (1992), pág. 842; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 323 y ss.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), pág. 1030; entre otros.

[197] Este "aspecto de deber" es enfatizado por GONDRA ROMERO (1997), pág. 14, cuando señala que la persona física "viene individualizada, en todos los ámbitos de la vida social, con un nombre, en el que hay un componente —el patronímico— forzoso".

[198] Recientemente, sobre estas exigencias y su interpretación por la DGRN, el TS y la jurisprudencia menor: CABANAS TREJO (2018.b), págs. 2 y ss.

[199]En palabras de LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), pág. 1030, "el art. 37 a) LM tiene sentido en relación con el nombre de las personas físicas, que no tienen facultad de elegirlo, pero que esta razón decae en las personas jurídicas, respecto de las que sus integrantes o fundadores deciden el nombre y respecto del cual tienen autonomía para cambiarlo".

[200] Conforme PERDICES HUETOS (2015): "Así, en el caso de las personas físicas, tiene sentido que no se le pueda impedir a alguien el uso leal en el tráfico de ropa de su nombre y apellidos —"José Pardo López" y no "Pepe Pardo"—. Porque ese es su nombre que le pusieron al nacer (…) En el caso de las personas jurídicas, al menos las de capital, por contra, el nombre o denominación es premeditado. Se le pone porque se quiere y gusta. Y parece difícil pretender que, p.ej., *KoKaKola SA* pueda usar su denominación social de forma leal si su marca de servicios y nombre comercial es p.ej., *OKA*"

1ª) Un derecho de propiedad, como la marca (o, en su caso, el nombre comercial), que obedece a la esfera del "tener", no puede privar de su función identificadora típica a un derecho personalísimo, como el nombre civil o patronímico, que compete al "ser" de la persona, y cuya composición es, además, impuesta a los individuos por la ley a través de reglas cogentes.

2ª) Algo muy distinto acontece, sin embargo, con la denominación social. Ésta no sólo concierne a la esfera del "ser", sino también a la del "tener", dada la doble dimensión que le es inherente: una "personal o subjetiva" y otra "objetiva y patrimonial". Además, existe amplia libertad para elegir su composición, lo que permite a los socios fundadores optar por expresiones denominativas que no presenten conflicto con signos distintivos prioritarios.

La beneficiaria de la limitación marcaria que aquí se analiza ha de ser, en suma, la persona física, cuyo nombre le viene imperativamente impuesto por las reglas de la filiación y es usado por ella en todas las facetas de su vida. No debe, en cambio, ser beneficiaria de esta limitación marcaria la persona jurídica societaria, cuya denominación es libremente elegida por sus socios fundadores como nombre con el que desarrollar las actividades empresariales para cuya consecución aquélla nació a la vida del Derecho[201].

Como es natural, entender que ha sido un acierto dejar a la denominación social extramuros de la limitación marcaria relativa al uso del nombre en el tráfico económico, en los términos expuestos, conlleva valorar también en sentido positivo la nueva redacción que el RDL 23/2018 ha dado al art. 34.3 letra d) LM 2001. Y es que este precepto, al permitir expresamente al titular registral de una marca (o nombre comercial) que pueda prohibir la utilización en el tráfico económico de un signo confundible con el suyo "como nombre comercial o denominación social, o parte de un nombre comercial o una denominación social", está también reconociendo a la denominación social un carácter distintivo, de conformidad con la dimensión "objetiva" y "patrimonial" que le es inherente.

Además, entre los arts. 37.1 y 34.3 LM existe una relación evidente. No en vano, ambos conforman la doble perspectiva con la que se construye el ilícito marcario, como tuve ocasión de exponer más arriba. Por un lado, la negativa, que exige que el signo infractor no pueda acogerse a ninguna de las limitaciones marcarias que figuran en el art. 37 y, en concreto —en lo que aquí interesa—, a la relativa al uso del nombre en el tráfico económico. Por otro lado, la positiva, que requiere la verificación de la concurrencia de los requisitos que permiten hablar de violación de un signo prioritario, que en nuestra LM se contienen en su art. 34[202].

b. El engarce de los cambios analizados con el proceso de industrialización de la denominación social

a) Preliminar

En los epígrafes precedentes he insistido en la principal consecuencia que se deriva de los cambios descritos. En síntesis, ésta consiste en reconocer a la denominación social usada en el tráfico económico carácter distintivo de las prestaciones que el ente colectivo ofrece al mercado en el ejercicio de las actividades propias de su objeto social. Aunque, en rigor, la relevancia de estos cambios pivota en acentuar dicho reconocimiento, pues con anterioridad

[201] No conforme, sin embargo, con esta valoración: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 485 y ss., para quien carece de fundamento la exclusión de la denominación social de las limitaciones del derecho de marca en todos aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos expuestos por el TJUE en el caso *Céline*. En coherencia con dicha opinión, este autor propone como redacción de la norma relativa a las limitaciones del derecho de marca la siguiente: "1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular que prohíba a terceros el uso, en el tráfico económico: de su nombre, en caso de persona física, o denominación social, en caso de persona jurídica, y de su domicilio; (...) El párrafo primero sólo se aplicará si la utilización por el tercero es conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. 2. La utilización por un tercero se considerará no conforme a las prácticas leales en los siguientes casos en particular: a) cuando cree la impresión de que existe una vinculación comercial entre el tercero y el titular de la marca; b) cuando se pretenda obtener una ventaja desleal, sin justa causa, del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos. Sin embargo, si dicho uso infringe sus derechos, el titular de la marca registrada puede solicitar que se restrinja o se prohíba" (pág. 494).

[202] MONTEAGUDO MONEDERO (2010), págs. 3 y 4.

a ellos ya existían materiales normativos en nuestro ordenamiento que reconocían a la denominación social un cierto carácter distintivo.

Es ahora el momento de aludir al proceso de industrialización de la denominación social, en cuyo seno se insertan los cambios analizados. No en vano —como señalé al inicio de este trabajo—, con estas reformas el legislador da un paso al frente —creo que decisivo— en este proceso, por el que lleva ya transitando la figura de la denominación social desde hace algún tiempo.

He de advertir, para evitar equívocos, que cuando hablo de "proceso de industrialización" me refiero al cambio paulatino que está experimentando la denominación social en nuestro Derecho a fin de adquirir el reconocimiento legal de signo distintivo de la empresa y, como tal, de modalidad específica de propiedad industrial. Lo anterior sin dejar de ser lo que ha sido, es y habrá de seguir siendo en el futuro, esto es, sin perder con ello su dimensión personal o subjetiva, en cuanto que nombre de una persona jurídica titular de derechos y obligaciones y centro de imputación de responsabilidades.

Desde mi punto de vista, esta industrialización es inevitable, dada la dificultad intrínseca que presenta la disociación de las dos dimensiones que, como vengo señalando, son inherentes a la figura de la denominación social: una "personal o subjetiva", como nombre de una persona jurídica, y otra "objetiva y patrimonial", como nombre —siquiera reflejo o indirecto— de una empresa.

Los argumentos relativos a la diferenciación dogmática entre la denominación social y los signos distintivos de la empresa (en cuanto que figuras conceptual y funcionalmente disímiles) no revisten entidad suficiente para censurar este proceso de industrialización. Ni permiten abogar por la continuidad de la senda de la incomunicación normativa y registral seguida inicialmente por nuestro legislador en punto a las relaciones entre las normas reguladoras de los signos distintivos y las que disciplinan las denominaciones sociales.

El proceso de industrialización se inició hace ya algún tiempo. Con fines de claridad expositiva, cabría diferenciar en él tres fases o etapas distintas: la inicial, en la que se dan los primeros pasos y se abona el terreno para una intervención legislativa en la materia [*infra*, b)]; la de la consolidación, que se hace realidad en nuestro Derecho a partir de la entrada en vigor de la LM 2001 [*infra*, c)]; y, por último, la del reforzamiento, obra del RDL 123/2018 por el que se incorpora al ordenamiento español la DM 2015 [*infra*, d)].

b) La fase inicial

Bajo la vigencia de la LPI 1902 existió una clara disociación entre la denominación social y los signos distintivos de la empresa y, por tanto también, una nítida separación entre las normas reguladoras de estas instituciones. Especialmente clara fue, en este sentido, la Exposición de Motivos LPI 1902, al declarar que mientras que la denominación social "es una variedad del nombre propiamente dicho" que hace "relación al orden interno", el nombre comercial, en cambio, es "el nombre del establecimiento mismo" y, por tanto, el conocido por el público "para el que, por lo general, la razón social es lo de menos"[203].

Las primeras interferencias mutuas entre las normas reguladoras de la denominación social y las que disciplinan los signos distintivos —y, por tanto, los inicios del proceso de industrialización al que me refiero—aparecieron más tarde, durante la vigencia del EPI 1929, que, como se sabe, optó por consagrar el principio de veracidad del nombre comercial y, de la mano de éste, el principio de unidad. De conformidad con ambos principios, el nombre comercial del empresario colectivo había de coincidir necesariamente con su denominación social (exigencia de veracidad) y,

[203] *V. supra*, nota 74.

dado que cada sociedad sólo podía (y puede) contar con una sola denominación, su nombre comercial había de ser también necesariamente uno (exigencia de unidad)[204].

En un primer momento, estas interferencias fueron obra del TS que, sobre la base de una normativa —como el EPI 1929— que confundía el nombre social y el comercial —en contraste con lo que había dispuesto anteriormente la LPI 1902[205]—, se decantó por admitir que la coincidencia de la expresión denominativa solicitada como nombre comercial con la denominación social del solicitante constituía una circunstancia atenuante de los obstáculos con los que había de tropezar cualquier signo en su camino de acceso al Registro de la Propiedad Industrial; lo que, en el fondo, suponía reconocer al empresario colectivo un cierto derecho de exclusiva sobre su denominación social[206].

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, algunos autores ponen especial énfasis en situar el verdadero punto de partida del proceso de industrialización del nombre social en la adopción por el legislador societario de la noción jurídica de "identidad sustancial" o "cuasi identidad", al interpretar este dato como una injerencia del Derecho de los signos distintivos en el régimen jurídico de las denominaciones sociales. Como se sabe, dicha noción hizo su aparición por vez primera en nuestro Derecho a través de la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 1968, refrendada más tarde por la Instrucción de la DGRN de 16 de septiembre de 1987 sobre el Registro General de Sociedades. Aunque su plasmación normativa expresa —vía reglamentaria— tuvo lugar en un momento posterior, mediante el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989 (RRM 1989[207])[208].

En concreto, según la doctrina a la que me refiero, la incorporación al Derecho societario de los criterios de calificación de la "identidad sustancial" ponía de manifiesto que, de algún modo, iba penetrando en nuestro ordenamiento —cierto es que con paso lento— la idea de que la denominación social, en su condición de signo identificador de una persona jurídica titular de una empresa, cumplía necesariamente también una función distintiva o diferenciadora[209].

La opinión anterior es, sin embargo, difícil de sostener. Todo apunta a que la incorporación de la noción de "identidad sustancial" al régimen jurídico de las denominaciones sociales respondió a la necesidad de impedir la usurpación del derecho a la identificación de los entes societarios. En ningún caso, trató de evitar el riesgo de confusión acerca del origen empresarial de las prestaciones. De ahí que no sea apropiado considerarla una

[204] A la vista de esta regulación, no sorprende que durante la vigencia del EPI la mayoría de la doctrina española de la época realizara una utilización indistinta de los términos "nombre comercial", "firma" y "razón o denominación social", al entender que todos ellos respondían a una misma concepción y desempeñaban funciones sustancialmente idénticas. Entre esta doctrina, partidaria de la llamada —en expresión de VIGUERA RUBIO (1978), pág. 143— "tesis unitaria", en cuanto que negadora de la existencia de una distinción entre denominación social y nombre comercial, cabe citar a autores tan relevantes como GARRIGUES (1976), pág. 250, o GIRÓN TENA (1952), pág. 102 y (1976) pág. 411, a los que hay que sumar otros muchos más, como, por ejemplo, PUENTE MUÑOZ (1966.a) pág. 10, y (1966.b) pág. 84. Cierto es, no obstante, que hubo también en la doctrina de la época quien minoritariamente defendió la necesidad de diferenciar el nombre comercial de la denominación social. Entre esta doctrina, quizá el autor más representativo de todos fue DÍAZ VELASCO (1949), págs. 503 y ss., quien criticó el incorrecto desvío que el legislador español consumó en 1929, en detrimento de los certeros planteamientos contenidos inicialmente en la LPI de 1902. A su juicio, "una cosa es el nombre-firma del empresario como sujeto de derechos y obligaciones mercantiles, institución regulada exclusivamente por el ordinario Derecho mercantil, y otra jurídicamente bien distinta el nombre comercial en cuanto que signo identificador de la empresa ante la masa anónima de la clientela, contemplado y regulado únicamente por la legislación española de la propiedad industrial" (1949, pág. 503). Más información sobre la regulación del nombre comercial en el EPI *v. supra*, en nota 72 y en la doctrina que allí se cita.

[205] *V. supra*, nota 74.

[206] Así, apuntando que esta jurisprudencia representa la primera manifestación de las interferencias mutuas entre signos distintivos y denominaciones sociales: GONDRA ROMERO (1997), págs. 37 y ss. Una relación de las SSTS que conforman esta (desafortunada: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2002, págs. 5 y 17) orientación jurisprudencial *v.* en MIRANDA SERRANO (1997), págs. 64 y 65; al respecto también: FERNÁNDEZ-NOVOA (1971), págs. 109 y ss., y CERDÁ ALBERO (1996), págs. 6988 y ss., entre otros.

[207] Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil: BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 1989.

[208] Ampliamente, sobre la incorporación del concepto de "identidad sustancial" al régimen jurídico de las denominaciones sociales y su interpretación doctrinal: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 183 y ss.; PAZ-ARES RODRÍGUEZ (1990), págs. 1323 y ss.

[209] FERNÁNDEZ-NOVOA (1971), págs. 111 y 112; DÍAZ GÓMEZ (1995), págs. 118 y ss.; GONDRA ROMERO (1997), pág. 38; en palabras del primero de estos autores, la incorporación del concepto de "identidad sustancial" permite afirmar que "en la estructura de la denominación social se han injertado principios propios del nombre comercial y de los signos distintivos de la empresa".

injerencia del Derecho de marcas en el societario. Su cometido fue muy distinto: garantizar la correcta identificación e individualización de los entes colectivos en el tráfico jurídico[210].

> La STS de 2 de julio de 2008 (caso "Comercial Metabos S.L.") confirma muy bien lo que acaba de indicarse: "Cuando se examina si concurre identidad entre denominaciones sociales, no se trata de apreciar elementos que puedan llevar a confusión en el mercado, cuyas consecuencias sólo podrían valorarse y corregirse en el ámbito protector de la propiedad industrial y la competencia, sino de determinar si existen elementos diferenciadores suficientes para distinguir a la persona jurídica de cualquier otra" (FD 3º)[211]. Esta opinión es compartida por la DGRN: "Una de las finalidades básicas del Registro Mercantil Central es la función identificadora de las sociedades, velando para que la atribución del nombre lo sea con carácter exclusivo, evitando que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes, y que no es su finalidad primordial la prevención del riesgo o confusión acerca de las actividades empresariales desarrolladas en el tráfico, que está atribuida en el ordenamiento a las normas sobre la protección del nombre comercial y, subsidiariamente, a las que regulan la competencia desleal"[212].

A mi juicio, la primera norma en la que cabe vislumbrar —aunque sea tímidamente— que para el legislador español la denominación social participa no sólo de los caracteres del nombre civil, sino también de los signos distintivos de la empresa, es el art. 372.1 RRM 1989 (equivalente al art. 397 RRM 1996), al exigirse en él que el nombre social solicitado no sea idéntico a las denominaciones de origen incluidas en la sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central[213]. No en vano, en nuestra comunidad jurídica está consolidada la opinión según la cual la denominación de origen constituye un signo distintivo *lato sensu*, muy próximo conceptual y funcionalmente a las figuras de la marca colectiva y de garantía[214]. Se comprende así que un sector de nuestra doctrina se haya referido al art. 372.1 RRM 1989 (actual art. 397 RRM 1996) como el primer exponente de una tendencia a la protección de los signos distintivos de la empresa no sólo entre sí, sino también frente a las denominaciones societarias[215].

> Como apunté más arriba, el art. 407.2 RRM 1996 no puede merecer idéntico juicio que los arts. 372.2 RRM 1989 y 397 RRM 1996, en el sentido que acabo de indicar[216]. En efecto, al disponer dicho precepto que "(a)un cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el Notario no autorizará, ni el Registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española", parece estar claro que entre las denominaciones que, por su manifiesta notoriedad, pueden impedir la inscripción de una denominación social en el Registro Mercantil, no han de entenderse comprendidas las constitutivas de signos distintivos de la empresa, ya que éstos no pueden concebirse en modo alguno como denominaciones de "entidades". Pese a ello, no puede desconocerse que un sector doctrinal trató de superar el tenor de esta norma mediante el recurso a la analogía, con el resultado final de reconocer a Notarios y Registradores la facultad de rechazar la adopción e inscripción registral de una denominación idéntica a un signo distintivo previo, notorio o renombrado[217]. También la propia DGRN se mostró favorable en alguna ocasión a dicha aplicación

---

[210] PAZ-ARES RODRÍGUEZ (1990), págs. 1323 y 1324; ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), pág. 1: cosa distinta es que dicho objetivo fuese realmente cumplido en todos los casos: MIRANDA SERRANO (1997), págs. 233 y ss.

[211] STS, 1ª, de 2.7.2008, núm. 2008/621 (M.P.: Juan Antonio Xiol Ríos); en esta misma dirección *v.* también su FD 4º, *in fine*: "En consecuencia, teniendo en cuenta que no se trata, con arreglo a los preceptos que se consideran infringidos, de valorar si entre ambas denominaciones sociales puede existir posibilidad de confusión o de asociación desde la perspectiva del consumidor medio, sino únicamente de si tienen un valor suficientemente identificador desde la perspectiva del uso semántico y sintáctico del lenguaje suficiente para la protección del interés general ligado al tráfico mercantil, la aplicación de la doctrina expuesta en las anteriores fundamentos jurídicos conduce a estimar procedente la desestimación de la demanda en este punto, único que se plantea en el recurso de casación".

[212] RDGRN de 5.5.2016: BOE núm. 136, de 8/06/2015, que recoge doctrina reiterada de la DGRN; entre otras: RRDGRN de 11.9.1990 y 24.2.1999.

[213] MIRANDA SERRANO (2003), págs. 127 y 128 e ÍDEM (1997), págs. 199 y ss., con explicación —en este segundo lugar— de las razones que explican la inclusión de esta norma en el RRM

[214] Al respecto, entre otros: BOTANA AGRA (2001), págs. 20 y ss.; MAROÑO GARGALLO (2002), págs. 15 y ss.; LÓPEZ BENÍTEZ (1996), págs. 26 y ss.

[215] CACHÓN BLANCO (1992), pág. 839, a quien posteriormente sigue MIRANDA SERRANO (1997), pág. 391.

[216] Que trae causa de las RRDGRN de octubre de 1984 sobre denegación de inscripción registral de sociedades anónimas deportivas; al respecto, entre otros: MUÑOZ DE DIOS (1985), págs. 941 y ss.; PELLISÉ PRATS (1985), págs. 123 y ss.; DE LAS HERAS LORENZO (1986), págs. 113 y ss.; MIRANDA SERRANO (1997), págs. 190 y ss.

[217] MONTEAGUDO y SOLER (1991), pág. 6522; SALINAS ADELANTADO (1993), pág. 3579; CACHÓN BLANCO (1992), págs. 840; GÓNZALEZ BUENO (2005), pág. 286. Para el último autor mencionado los nombres comerciales encajan en la literalidad del art. 407 RRM, por lo que en lo que a ellos concierne no es necesario realizar una interpretación extensiva de la norma (lo que, en cambio, sí procede en el caso de las marcas).

> analógica[218]. Mas, en rigor, la interpretación *ex analogia causa* es aquí improcedente. Ésta, como se sabe, sólo puede activarse cuando existe una "laguna legal" en sentido técnico, lo que no ocurre en este caso. Y es que el silencio del RRM en lo que atañe a los signos distintivos fue claramente "deliberado". Así lo prueba el que la referencia expresa a los signos distintivos que se contenía en el art. 90.3 del Proyecto de RRM desapareció, por una consciente y deliberada decisión del legislador, del texto que finalmente se aprobó como RRM. Y, como se sabe, cuando hay "silencio deliberado" es improcedente hablar de "laguna legal"[219].

De todos modos, creo no equivocarme al entender que ha sido la jurisprudencia la verdadera impulsora de un cambio en el reconocimiento a la denominación social de un carácter distintivo en nuestro Derecho. En mi opinión, por tanto, han de residenciarse en ella los verdaderos orígenes del proceso de industrialización de la denominación social al que me refiero. En concreto, en la línea jurisprudencial mayoritaria del TS a la que aludí más arriba, partidaria de lo que alguna doctrina ha dado en llamar y reconocer como la "tesis de la sumisión de la denominación social"[220], de la que la sentencia del caso "Domestos" constituye su máximo exponente[221].

En ella el Alto Tribunal fundamenta la solución a los conflictos entre signos distintivos y denominaciones sociales en las cláusulas generales del abuso de derecho y la buena fe. A su juicio, la protección del derecho a la libre elección y adopción de una denominación social, con sujeción a las normas que al respecto fija la legislación societaria, no puede realizarse de forma tal que lesione derechos subjetivos ajenos, pues si así ocurriere el ejercicio del referido derecho habría de considerarse abusivo por ser contrario a la buena fe[222].

Parece claro que estas sentencias reconocen a la denominación social carácter distintivo en relación con las prestaciones que la sociedad ofrece al mercado en el ejercicio de su objeto social. Por eso ordenan el cambio de la denominación social confundible con un distintivo prioritario, con independencia del uso que de ella realice su titular en el tráfico mercantil[223].

> En palabras del TS, "(s)e reconoce implícitamente a la denominación social una auténtica aptitud diferenciadora de las actividades empresariales que constituyen el objeto de la sociedad y, por ende, se decreta su modificación, estatutaria y registral, cuando resulta ser confundible con un signo distintivo previo, merced, claro está, a la identidad o notoria similitud entre los signos y entre las realidades empresariales designadas. Con ello se trata de coadyuvar al

---

[218] *Ad ex.*, *v.* la RDGRN de 24.2.1999 [comentada en MIRANDA SERRANO (2002), págs. 331 y ss. y publicada en el BOE de 18/3/1999], que atribuye, entre otras, al art. 407.2 RRM la función de "impedir, en línea con la prohibición contenida en el art. 7.3 del CC, el abuso de derecho que supondría utilizar el silencio del Registro Mercantil Central para adoptar denominaciones socialmente anudadas de forma relevante a una entidad ya existente, *denominaciones que bien pueden ser los nombres comerciales de notoria relevancia, dada la no siempre distinción en el tráfico entre el empresario como persona jurídica y la actividad empresarial que lleva a cabo*" (la cursiva es mía). *V.* también la RDGRN de 4.10.2001 (publicada en BOE de 12.12.2001) que mantiene el criterio desfavorable sostenido por el Registrador Mercantil Central a conceder a un particular una denominación ("B.S.C.H., S.A") por coincidir con el acrónimo de una conocida entidad bancaria (el Banco Santander Central Hispano). En palabras de la DGRN se ha de tener en cuenta "la necesidad de evitar el confusionismo que se derivaría en el tráfico mercantil, y el abuso de derecho que supondría, de no evitarse, el utilizar el silencio del Registro Mercantil Central para adoptar denominaciones socialmente anudadas de forma relevante a una entidad como la existente, que ya antes de la petición rechazada, venía utilizando su acrónimo con profusión como identificador del nuevo megabanco resultante de la fusión del Santander y del Central Hispano". A la vista de RRDGRN como éstas, no puede sorprender que en ciertos casos el art. 407.2 RRM haya servido para impedir que accedan al Registro Mercantil denominaciones sociales coincidentes con nombres comerciales notorios, tanto nacionales como extranjeros: así, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), pág. 9; BENAVIDES DEL REY (2002), pág. 1231; MARTÍNEZ SANZ (2002), págs. 130 y ss.; VILLA VEGA (2003), págs. 1231.

[219] MIRANDA SERRANO (2003), págs. 125 y ss.; GARCÍA VIDAL (2001), pág. 74; CABANAS TREJO (2006), pág. 100; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), pág. 171.

[220] BOTANA AGRA (1996), pág. 1611 y ss., a quien siguen, entre otros: EZALBURU MÁRQUEZ y GÓMEZ MONTERO (2001), págs. 239 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), pág. 322.

[221] *V. supra*, epígrafe 2.2.3.b).

[222] *V.* una completa referencia a los principales enjuiciamientos que integran esta línea jurisprudencial en el FD 3º de la STS, 1ª, de 18.5.2006, núm. 2006/491 (M.P.: Jesús Corbal Fernández), donde se destaca como denominador común de estas resoluciones el que en ellas se "reconoce la facultad de pedir por parte del titular de una marca o nombre comercial prioritario la modificación de la denominación social posterior cuando hay identidad o similitud en las denominaciones y semejanza en las actividades, de modo que se crea en los consumidores un riesgo de confusión sobre los productos, o de asociación, como manifestación del error o confusión acerca de la procedencia empresarial, si bien la modificación de la nomenclatura social debe limitarse al vocablo o vocablos que producen la confundibilidad".

[223] Entre otros: GARCÍA VIDAL (2000), pág. 135; MIRANDA SERRANO (2003), págs. 116 y 117; ÍDEM (2007), pág. 26.

> mantenimiento de la necesaria transparencia del mercado, al poner fin a situaciones de opacidad concurrencial que, en última instancia, lesionan los intereses económicos de todos los que, de alguna u otra forma, parcipan en el mismo; o sea, de los empresarios competidores y de los consumidores y usuarios, en cuanto destinatarios finales de los productos y servicios"[224].

De ahí que quepa ver en estas resoluciones los primeros pasos para insertar la denominación social dentro del proceso de industrialización al que aludo. De hecho, no parece desacertado atribuir a la jurisprudencia referida —y a la doctrina que la valoró de forma positiva— el efecto de provocar un cambio de actitud en la DGRN en cuanto al modo de concebir la denominación social. Este cambio es corroborado, entre otras, por las Resoluciones de la DGRN de 24 de febrero de 1999, 10 de junio de 1999, 10 de junio de 2000 y 4 de octubre de 2001. No en vano, en ellas la DGRN admite expresamente la conveniencia de establecer cauces de comunicación entre el Derecho de los signos distintivos de la empresa y el Derecho de las denominaciones sociales.

> En concreto, en la RDGRN de 24 de febrero de 1999 se habla de la conveniencia "de una mayor coordinación legislativa entre el Derecho de sociedades y el de marcas, de suerte que el Registrador mercantil central o provincial pudiera denegar la reserva o inscripción de denominaciones sociales coincidentes con ciertos nombres comerciales o marcas, sin prejuzgar ahora si, a falta de normativa al efecto, pueden o no autorizar el Notario e inscribir el Registrador por aplicación analógica de la norma del artículo 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil la constitución o el cambio de denominación de sociedades o entidades cuando les conste por notoriedad que la nueva denominación coincide con signos distintivos de otra entidad, relevantes en el mercado e inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial, todo ello en aras de la seguridad jurídica preventiva que les corresponde garantizar, para impedir así la apropiación o utilización de tales signos como denominación social". En la misma dirección, la RDGRN de 10 de junio de 1999 alude a la conveniencia de "establecer una mayor coordinación legislativa entre el Derecho de sociedades y el de marcas que impidiese la reserva o inscripción de denominaciones coincidentes con ciertos nombres comerciales o marcas de notoria relevancia en el mercado e inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial". Y lo mismo hace la RDGRN de 4 de octubre de 2001 cuando recuerda que "la doctrina de esta Centro, tras señalar las evidentes diferencias conceptuales y funcionales existentes entre la denominación social y el nombre comercial, destinada la primera a identificar a un sujeto de derecho, parte de relaciones jurídicas y titular de un patrimonio responsable de ellas, en tanto que la segunda busca prevenir el riesgo de confusión acerca de las actividades empresariales desarrolladas en el tráfico mercantil, viene reiterando la conveniencia de una mayor coordinación normativa entre el derecho de sociedades y el de marcas en aras a evitar la admisión de denominaciones sociales coincidentes con nombres comerciales o marcas de notoria relevancia social"[225].

c) La fase de la consolidación

A raíz de la jurisprudencia referida y de la valoración que de ella realizó la doctrina, fue consolidándose en nuestra comunidad jurídica una opinión favorable a reformar nuestras normas, a fin de reconocer a la denominación social una cierta aptitud distintiva y, como consecuencia de ello, arbitrar medidas legales preventivas de los conflictos entre denominaciones sociales y distintivos empresariales confundibles. Éstas llegaron de la mano de la LM 2001[226]. Con ella el proceso de industrialización de la denominación social recibió un espaldarazo importante, aunque inacabado. Se explica así que me refiera a esta etapa como la "fase de la consolidación".

A partir de ese momento, en efecto, comienzan a estar vigentes en nuestro ordenamiento algunos "puentes" o "vasos comunicantes" entre los Derechos de marcas y de sociedades, a través de los cuales se entabla un cierto entendimiento normativo entre dos disciplinas legales tan disímiles como la industrialista y la societaria, que hasta

[224] STS, 1ª, de 27.5.2004 (caso "Naturgas"), núm. 2004/485 (M.P.: Clemente Auger Liñán).

[225] Sobre las dos RRDGRN mencionadas en primer lugar: MIRANDA SERRANO (2002), págs. 331 y ss.; también al respecto: GÓNZALEZ BUENO (2005), págs. 282 y ss.

[226] Inicialmente el Proyecto de LM 2001 no incorporaba estas reformas. Se añadieron a él durante el proceso de tramitación parlamentaria merced a la aceptación de una serie de enmiendas dirigidas, en líneas generales, a "evitar la confusión entre la marca y el nombre comercial con otras denominaciones que se encuentran también en nuestro tráfico jurídico": Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 274, 2001, págs. 4689 y 4690.

entonces habían vivido en un estado de recíproca indiferencia y, por ende, de absoluta incomunicación[227]. Estos "puentes" o "vasos comunicantes" se establecen no sólo del lado del Derecho industrial, sino también del societario. Consisten básicamente en lo siguiente:

Primero.- Desde el prisma del *Derecho industrial*, se dispone que el titular de una denominación social, que pueda probar su uso o conocimiento notorio en el conjunto del territorio nacional, queda facultado *ex lege* tanto para oponerse al registro de un signo distintivo (marca o nombre comercial) confundible [arts. 9.1 letra d) y 88 letra c) LM], como para instar contra él una acción de anulabilidad en el caso de que el registro hubiese sido realizado sin haberse interpuesto en su momento la correspondiente oposición [arts. 52.1 y 91.1 LM][228].

> Lo anterior se infiere, en efecto, de los arts. 9.1, letra d), y 52.1 para la marca, y 88, letra c), y 91.1 para el nombre comercial. Dado que los preceptos relativos al nombre comercial se limitan a remitirse al régimen de la marca, baste aquí con reproducir únicamente el tenor de los arts. 9.1, letra d), y 52.1. Según el primero, no podrá registrarse como marca, a no ser que medie la debida autorización, la "denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante si, por ser idéntica o semejante a estos signos y por ser idéntico o similar su ámbito de aplicación, existe un riesgo de confusión en el público". Bien es cierto que para que la denominación o razón social previa pueda constituir un impedimento al registro de la marca posterior se hace necesario —como dispone seguidamente el precepto— que el titular de la denominación social pruebe su "uso o conocimiento notorio" en el conjunto del territorio nacional. El art. 52.1, por su parte, establece que "(e)l registro de la marca podrá declararse nulo mediante solicitud presentada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas o mediante demanda reconvencional en una acción por violación de marca cuando contravenga lo dispuesto en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10" [229].

Segundo.- Desde la perspectiva del *Derecho de sociedades,* se impone los órganos registrales competentes en materia de otorgamiento y verificación de denominaciones sociales el deber legal de denegar la denominación social que se les solicite cuando sea susceptible de originar confusión con una marca o un nombre comercial renombrados (DA 14ª LM 2001)[230]. Y a lo anterior se añade la sanción de la disolución de pleno Derecho para la sociedad que en el plazo de un año incumpla la sentencia que le ordena cambiar su denominación social por violación de un derecho de exclusiva (DA 17ª LM 2001)[231].

> En concreto, la disposición adicional (DA) 14ª —intitulada "Prohibición de otorgamiento de denominaciones de personas jurídicas que puedan originar confusión con una marca o nombre comercial renombrados"— tiene en la actualidad el siguiente tenor: "Los órganos registrales competentes para el otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas denegarán el nombre o razón social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con una marca o nombre comercial renombrados en los términos que resultan de esta Ley, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial"[232]. Por su parte, la DA 17ª —bajo la rúbrica "Extinción de sociedades por

[227] Lo que pronto mereció la atención de la doctrina: MARTÍNEZ SANZ (2002), págs. 133 y ss.; GARCÍA VIDAL (2001), págs. 57 y ss.; MIRANDA SERRANO (2003), págs. 109 y ss; SÁNCHEZ SILVA (2004), págs. 2574 y ss.; CABANAS TREJO (2006), págs. 122 y ss.: MASSAGUER FUENTES (2002.a), págs. 1 y ss.; ÍDEM (2002.b), págs. 40 y ss.; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), págs. 180 y ss.

[228] El art. 9.1 letra d) LM 2001 [del que se ha dicho que "dista de ser un modelo de claridad y de rigor técnico": ALONSO ESPINOSA (2002), pág. 1228] fue incorporado a la LM merced a la enmienda núm. 70 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán con la justificación de "atribuirse protección a las denominaciones sociales y de otras personas jurídicas que sean notorias": Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A (Proyectos de Ley), núm. 33-10, de 18/5/2001 (pág. 69).

[229] La redacción de este precepto ha sido modificada por el RDL 23/2018.

[230] La DA 14ª LM 2001 trae causa de la enmienda núm. 129 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán con la siguiente fundamentación: "Reforzar el fundamento legal de la incompatibilidad entre el nombre comercial o la marca notoria y la denominación social, cuando ésta sea coincidente con aquéllos o pueda originar confusión": Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A (Proyectos de Ley), núm. 33-10, de 18/5/2001 (pág. 87).

[231] La DA 17ª LM 2001 fue introducida en la LM a través de la enmienda núm. 101 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán a fin de "dar solución a los supuestos en que ya sea por disolución, por paralización de los órganos sociales o por otros motivos, la sociedad no pueda adoptar los acuerdos necesarios para el cambio de denominación social": Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A (Proyectos de Ley), núm. 33-10, de 18/5/2001 (pág. 78).

[232] Inicialmente esta norma hablada de "una marca o nombre comercial notorios o renombrados". En la actualidad sólo alude a signos "renombrados", según la redacción que a esta disposición ha dado el RDL 23/2018. Dicha redacción obedece a que la DM 2015 contempla como

violación del derecho de marca" establece que "(s)i la sentencia por violación del derecho de marca impusiera el cambio de denominación social y éste no se efectuara en el plazo de un año, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, procediendo el Registrador Mercantil de oficio a practicar la cancelación, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 de esta Ley".

En mi opinión, el establecimiento de estos "puentes" o "vasos comunicantes" supuso un avance relevante en el proceso de industrialización de la denominación social[233]. Ahora bien, desde el primer momento presentaron algunas "fracturas" importantes que no les permitieron solventar eficazmente los conflictos entre denominaciones sociales y distintivos confundibles en nuestro ordenamiento. En efecto:

1º) En lo que atañe a los *conflictos entre un distintivo prioritario y una denominación social posterior*, es claro que, desde un primer momento, de la aplicación práctica de la DA 14ª LM se derivaban algunos problemas significativos:

Por un lado, esta DA obliga al Registro Mercantil Central y a los Registros Mercantiles Territoriales[234] a aplicar categorías jurídicas nacidas y desarrolladas en el ámbito del Derecho industrial y hasta ese momento ajenas a sus competencias y preocupaciones[235]. Me refiero, en concreto, a los conceptos de "riesgo de confusión" —o, en su caso, "de asociación"— y de "signo distintivo renombrado"[236]. He de precisar que aludo sólo al signo "renombrado" y no al "notorio" por cuanto que este último término, aunque presente inicialmente en la DA 14ª, ha desaparecido de ella en 2018 por exigencias de la DM 2015. Ahora bien, este dato no ha de interpretarse en el sentido de que la DA 14ª sólo ha de aplicarse cuando exista un signo previo (marca o nombre comercial) que merezca la consideración de renombrado por ser conocido por el público en general. Dado que en el nuevo sistema de marcas alumbrado por la DM 2015 el signo renombrado comprende también el notorio tal como éste era regulado por la

única categoría la marca "renombrada", eliminando la referencia a la "notoriedad" que figuraba en el art. 8. La "Nota informativa sobre las principales novedades introducidas por el RDL 23/2018 de modificación de la LM 2001" (elaborada por la OEPM y disponible en https://www.oepm.es) establece al respecto: "desaparece la categoría de marca notoria como tal y a partir de ahora solo existirá la marca renombrada que aúna a ambas categorías, siendo así que una marca renombrada podrá serlo para un sector determinado o entre el público en general. También afecta al nombre comercial notorio y renombrado".

[233] La DGRN ha reconocido expresamente estos avances; *ad ex.*, en la RDGRN de 5.5.2016 (BOE núm. 136, de 8/06/2015) se dice: "La Ley 17/2001 ya ofrece base legal para imponer ciertos límites a la hora de dar acogida a determinadas denominaciones sociales, evitando la confusión en el tráfico mercantil real entre los signos distintivos y las denominaciones sociales, mediante la precisión de normas de coordinación y prioridad, por las que han de regirse las relaciones entre signos distintivos y denominaciones sociales cuando se dan supuestos de identidad, similitud o riesgo de confusión. Entre estas normas destaca la contenida en la disposición adicional decimocuarta de la Ley, conforme a la cual «los órganos registrales competentes para el otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas –y el Registro Mercantil Central, y en registros Mercantiles territoriales– denegarán el nombre o razón social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con una marca o nombre comercial notorios o renombrados en los términos que resultan de esta Ley, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial». Esta disposición no es sino la réplica a la prohibición que, para el caso inverso (pretensión de registrar como marca o nombre comercial la razón social con que en el tráfico económico se identifique a una persona jurídica), establece el artículo 9.1.d) de la misma Ley, según el cual no podrán registrarse como marcas, sin la debida autorización, «la denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o de prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante, si, por ser idéntica o semejante a estos signos y por ser idéntico o similar su ámbito de aplicación existe un riesgo de confusión en el público». Finalmente, la disposición adicional decimoséptima, para el caso de que no hubiere actuado preventivamente «ex ante» el filtro de la calificación registral (particularmente en los casos en que la marca no sea notoria o renombrada), establece una causa de extinción de la sociedad por violación del derecho de marca". En la doctrina no faltó quien, pese a reconocer los avances de aproximación del Derecho de las denominaciones sociales al Derecho de los signos distintivos derivados de la LM 2001, entendió que éstos tal vez podían justificarse por razones prácticas, pero que era dudosa su corrección desde un punto de vista dogmático: MARTÍNEZ SANZ (2002), pág. 133.

[234] CABANAS TREJO (2018.a), pág. 7, sin embargo, entiende que la DA 14ª sólo se aplica al Registro Mercantil Central. No obstante, a favor de que se aplica también a los Registros Mercantiles Territoriales: FERNÁNDEZ DEL POZO (2019), quien argumenta que la calificación previa del Registrador Central no vincula al Provincial, pues, a pesar de que la certificación fuese negativa, el Registrador Provincial puede denegar por infracción de la DA 14ª LM. Lo cierto es que la DA 14ª no es clara en este extremo: PERDICES HUETOS (2015).

[235] BENAVIDES DEL REY (2001), pág. 5; MIRANDA SERRANO (2007), pág. 38; entre otros.

[236] Quizá esto explique —al menos en parte— las muy desafortunadas apreciaciones que sobre estos conceptos realiza en algún caso la DGRN. Así lo corrobora, *ad ex.*, la RDGRN 7.6.2018 (sobre el caso "Krom"): "No se produce la identidad (entre la denominación social y la marca) dado que frente a la marca a que se refiere la nota del registrador «Krom», se opone la denominación «Krom Desarrollos Profesionales, S.L.», denominación social que se integra por tres términos (sin que ninguno de los dos últimos se integre en la lista de términos genéricos que carecen de suficiente significación que el Registro Mercantil Central tiene publicados en su página web), lo que permite tenerla por diferente de la marca con la que comparte uno de sus tres términos de composición".

DM 1988[237], se ha de entender que, tras la reforma llevada a cabo por el RDL 23/2018, la DA 14ª obliga a denegar la denominación social solicitada cuando sea confundible con un signo prioritario que resulte, al menos, conocido por una parte significativa de los consumidores del sector al que pertenecen las prestaciones amparadas por el signo[238].

De lo anterior derivan, a su vez, otros problemas prácticos de cierta relevancia, pues para llevar a cabo el juicio de confundiblilidad (entre la denominación solicitada y el signo prioritario) el órgano registral ha de comprobar la identidad o similitud no sólo de los signos confrontados, sino también de las realidades por ellos designadas. Y esto último es muy difícil —casi imposible— de llevarse a cabo en la práctica, toda vez que en la solicitud de certificación negativa de denominación social no consta el objeto de la sociedad. A lo que se ha de añadir también la posibilidad —siempre presente— de que la sociedad modifique su objeto social, resultando de dicha modificación un riesgo sobrevenido de confusión con un signo renombrado prioritario[239].

2º) En lo que respecta a los *conflictos entre una denominación social previa y un signo distintivo posterior*, el art. 9.1 letra d) LM también presentaba limitaciones evidentes desde el momento en que vio la luz:

De un lado, la posibilidad de impedir la inscripción de un signo distintivo posterior sólo se confiere a los entes colectivos en condiciones de probar que sus denominaciones sociales han sido previamente usadas en el conjunto del territorio español o gozan de notoriedad en dicho ámbito. Además, para que el obstáculo registral sea efectivo, se exige que entre la denominación social previa y el distintivo posterior se constate la existencia de un "riesgo de confusión" en sentido estricto, esto es, no comprensivo del "riesgo de asociación"[240]. Lo que, como es natural, requiere comparar no sólo los signos confrontados, sino también las concretas actividades y prestaciones por ellos diferenciadas, exigiéndose ir más allá de la simple descripción estatutaria del objeto social[241].

A lo que acaba de indicarse se ha de añadir también —muy especialmente— la imprecisión que desde su origen presenta el art. 9.1 letra d) LM en lo que atañe al concepto en que ha de realizarse el uso previo de la denominación social en el conjunto del territorio nacional: ¿Se trata de un uso a título de distintivo empresarial o basta con un uso en concepto de denominación social en sentido estricto? Esto explica que sobre dicha cuestión se hayan suscitado opiniones no unívocas en nuestra comunidad jurídica. Así, mientras que para unos basta un uso en concepto de denominación social en sentido propio, otros, en cambio, exigen un uso en concepto de distintivo empresarial y, en concreto, de nombre comercial. Aquí me limito sólo a apuntar esta última cuestión. Volveré sobre ella más adelante, al abordar la última fase del proceso de industrialización al que me refiero; en concreto, al analizar algunas de las consecuencias prácticas que para la disciplina marcaria de la denominación social se derivan de los cambios en la LM 2001 consumados por el RDL 23/2018.

De todos modos, pese a estas relevantes limitaciones, es incuestionable que la LM 2001 supuso un avance decisivo en el proceso de industrialización de la denominación social. Su aprobación evidenció que para el legislador español la denominación social no sólo funciona como vocativo de la persona jurídica en el tráfico negocial y

[237] SUÑOL LUCEA (2019); FERNÁNDEZ DEL POZO (2019); GÓMEZ (2019); THOMAS PUIG (2019), pág. 5 y ss.;

[238] CASADO NAVARRO (2019), pág. 329. Refrenda esta solución interpretativa el RDL 23/2018, en cuya Exposición de Motivos se dice: "a estos efectos, ha de tenerse en cuenta que, conforme a la jurisprudencia más extendida, para que una marca goce de renombre ha de ser conocida *por una parte significativa del público interesado en los productos o servicios*".

[239] GARCÍA VIDAL (2001), págs. 76 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), págs. 15 y ss.; MARTÍNEZ SANZ (2002), págs. 134 y ss.; MIRANDA SERRANO (2003), págs. 128 y ss.; ÍDEM (2007), págs. 38 y ss.; SALELLES CLIMENT (2003), págs. 282 y ss.; ÍÑIGUEZ ORTEGA (2012-13), págs. 129 y ss.; CABANAS TREJO (2006), págs. 135 y ss.; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), pág. 182; ÍDEM (2018.a), págs. 12 y ss.; VILLA VEGA (2008), págs. 1396 y ss.; CASADO NAVARRO (2019), pág. 348, entre otros.

[240] CURTO POLO (2003), págs. 192 y ss.; MIRANDA SERRANO (2003), pág. 140 y ss.; ÍDEM (2007), pág. 33; CABANAS TREJO (2018.a), pág. 7; CASADO NAVARRO (2019), pág. 350; entre otros.

[241] CABANAS TREJO (2018.a), pág. 7.

procesal, sino también como signo diferenciador de la empresa societaria en el mercado[242]. Razón por la cual dio un paso al frente a fin de evitar que denominaciones sociales y signos distintivos siguieran viviendo en un estado de recíproca indiferencia, estableciendo algunos "puentes" o "vasos comunicantes" entre sus normas reguladoras. Cosa distinta es que las medidas legislativas adoptadas no fueran todo lo eficaces y acertadas que cabía esperar y desear.

Además, la LM 2001 dio respaldo legal a la doctrina jurisprudencial mayoritaria resolutoria de los conflictos entre signos distintivos y denominaciones sociales. Así lo corrobora la DA 17ª LM cuando sanciona —a mi juicio, de manera desproporcionada— con la disolución de pleno Derecho a la sociedad que en el plazo de un año incumple la sentencia que le impone un cambio de denominación por violación de un derecho de marca[243].

> En rigor, la DA 17ª va más lejos que la jurisprudencia mayoritaria mencionada, al fijar como sanción una nueva causa de disolución societaria que, al ser catalogada por el legislador como "de pleno derecho", ha de entenderse que opera de forma automática, esto es, sin necesidad de ser acordada por la junta general.

Ahora bien, en la LM 2001 seguía existiendo una norma especialmente idónea para ser alegada por el ente colectivo como argumento jurídico de defensa frente a la pretensión de cese de utilización y cambio de denominación social ejercitada por el titular de un signo distintivo prioritario: el uso del nombre en el tráfico económico como limitación del derecho de marca (art. 37). La modificación de esta regla, con la finalidad de excluir de ella a la denominación social, abre una nueva —y por ahora última— etapa en el proceso de industrialización objeto de análisis.

d) La fase del reforzamiento

La última etapa del proceso de industrialización aquí abordado ha sido obra del RDL 23/2018. Como se ha analizado más arriba, a través de esta norma —que trae causa de la DM 2015— se han producido algunos avances significativos en favor del reforzamiento del carácter distintivo de la denominación social en nuestro ordenamiento:

1º) Por un lado, se ha conferido una nueva redacción al art. 37 LM 2001, precisándose que el "nombre" por él invocado ha de ser de "una persona física". De modo que resulta ya claro e incontrovertido que la denominación social está excluida de la limitación marcaria relativa al uso del nombre en el tráfico económico. Sólo el nombre civil o patronímico puede beneficiarse de esta limitación.

2º) Por otro lado, se ha modificado también la redacción del art. 34 LM 2001, para conferir al titular de un derecho de exclusiva —cuando concurran las circunstancias previstas en la ley—, la facultad de prohibir la utilización del signo confundible "como nombre comercial o denominación social, o parte de un nombre comercial o una denominación social". Esto supone reconocer por vez primera al titular de un signo distintivo registrado la facultad de oponerse al uso en el tráfico económico de otro signo confundible utilizado como denominación social o parte de una denominación social. Además, con fundamento en este precepto, el titular del signo previo está facultado para solicitar la modificación de la denominación social confundible.

Al abordar la fase de la consolidación del proceso de industrialización, me he referido a que algunas de las soluciones fijadas por la LM 2001 con vistas a resolver los conflictos entre signos distintivos y denominaciones sociales, además de insuficientes, no han estado exentas de dudas y polémicas en cuanto a la interpretación de su

[242] En este sentido, apunta PERDICES HUETOS (2015), a propósito de la DA 14ª LM 2001, que "la ley asume que el nombre de la persona jurídica no sólo se usa o se va a usar con funciones estrictamente identificativas, sino también distintivas. Y es que posiblemente no quepa hacer una neta distinción entre distinguir e identificar. Parecen dos perspectivas —relativa una, absoluta la otra— de una misma realidad"; añadiendo a esto finalmente que, a su juicio (que comparto), en lo que respecta a las denominaciones de fantasía "el derecho de las personas jurídicas está abocado a ser absorbido por el derecho de los signos distintivos".

[243] GARCÍA VIDAL (2001), pág. 69 y ss.; MARTÍNEZ SANZ (2002), pág. 135 y ss.; MIRANDA SERRANO (2003), pág. 130 ; ÍDEM (2007), pág. 40; SALELLES CLIMENT (2003), pág. 259; MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), pág. 180; CASADO NAVARRO (2019), pág. 348, entre otros.

alcance. Pues bien, merced a las reformas del Derecho de marcas provenientes de la DM 2015, esas dudas en gran medida se desvanecen, en el sentido que trataré de exponer a continuación. Esto explica que, en mi opinión, sea posible afirmar que la reforma acometida por el RDL 23/2018 ha dotado de mayor coherencia al tratamiento que la LM 2001 dispensó a la denominación social desde su entrada en vigor.

Además, en nuestro sistema de marcas previo al RDL 23/2018 existían argumentos jurídicos para cuestionar que se atribuyese verdaderamente a la denominación social un carácter distintivo. Tras la reforma de la LM producida en diciembre de 2018, contamos, sin embargo, con una base legal más sólida para sostener dicha atribución. En concreto, con anterioridad al RDL 23/2018, el material normativo principal para negar a la denominación social carácter distintivo y asimilarla al nombre civil era el art. 37.1 LM. No en vano, este precepto, según era interpretado tanto por la jurisprudencia como por la generalidad de nuestra doctrina, confería al uso de la denominación social en el tráfico económico la condición de límite del derecho de marca; siempre —como es natural— que fuese respetuoso con las normas leales en materia industrial o comercial.

Sobre la base de esta limitación marcaria (*ex* art. 37.1 LM) se justificaba muy bien —al menos teóricamente— la posible coexistencia de denominaciones sociales y distintivos empresariales confundibles. De hecho, ese fue el principal argumento jurídico esgrimido por el TS en las sentencias que conforman su línea jurisprudencial minoritaria en la resolución de conflictos entre denominaciones sociales y signos distintivos confundibles, de la que la sentencia "Hernández Pérez Hermanos" más arriba analizada es su caso estrella[244].

> Corroboran lo anterior, entre otras, las SSTS (Sala 1ª) de 10 de julio de 2000 (caso "Panadería Alzadegui SA. c. Fernando Alzadegui S.L.")[245], 28 de febrero de 2001 (caso "Panibérica S.A. c. Panibérica de Levadura S.A.")[246], 26 de junio de 2003 (caso "Sony Kabushiki Kaisha c. Sony Corporration c. Macsony SL.")[247], 21 de diciembre de 2011 (caso "Bodegas Viña Magaña S.L." c. "Bodegas Carlos Magaña, S.L.")[248], 6 de marzo de 2012 (caso "Parquet Pavón S.L." c. "Tarimas y Pavimentos Pavón S.L.")[249], y 12 de abril de 2013 (caso "Valsardo" c. "Bodegas Valsacro S.A.")[250].

En efecto, al tener la denominación social una dimensión exclusivamente personal o subjetiva (signo de identidad personal) y estar llamada a desarrollar sus cometidos identificadores en el campo del tráfico jurídico (negocial y procesal), y, en cambio, al poseer los signos distintivos una dimensión puramente objetiva (signos de identidad empresarial) y estar llamados a desarrollar su cometido diferenciador en el ámbito del tráfico económico, el hecho de que pudieran coexistir denominaciones sociales y distintivos empresariales confundibles no constituía ningún problema para el Derecho. Los problemas sólo aparecían cuando la denominación social invadía el campo de actuación propio de los signos distintivos o a la inversa.

Por consiguiente, la tarea a acometer por el jurista, a fin de resolver conflictos entre denominaciones sociales y signos distintivos confundibles, consistía en analizar en cada caso si el uso de la denominación social era realizado en concepto estricto de denominación social o de distintivo empresarial y, más en concreto, de nombre comercial[251].

---

[244] STS, 1ª, de 21.10.1994, núm. 1994/917 (M.P.: Alfonso Villagómez Rodil).

[245] STS, 1ª, de 10.7.2000, núm. 2000/685 (M.P.: Pedro González Poveda).

[246] STS, 1ª, de 29.2.2001, núm. 2001/183 (M.P.: Antonio Gullón Ballesteros).

[247] STS, 1ª, de 26.7.2003, núm. 2003/632 (M.P.: Pedro González Poveda).

[248] STS, 1ª, de 21.12.2011, núm. 2011/916 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

[249] STS, 1ª, de 6.3.2012, núm. 2012/97 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

[250] STS, 1ª, de 12.4.2013, núm. 2013/228 (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

[251] En palabras del TS, en el conflicto entre un signo distintivo y una denominación social "lo relevante es precisar en qué ha consistido el uso de la denominación social en tráfico. Si este uso se limita a la inclusión de la denominación social para identificarse la sociedad en una factura, contrato o cualquier otra documentación (…) no existirá infracción del signo marcario": STS, 1ª, de 6.7.2015, núm. 2015/375 (M.P.: Ignacio Sancho Gargallo).

Pero el resultado de esta tarea no siempre conducía a entender que la denominación social era usada en concepto estricto de denominación social sólo en el tráfico jurídico. Se aceptaban también usos de la denominación social en concepto de denominación social —y, por tanto, carentes de carácter distintivo— en el tráfico económico: casos en los que el empresario social usa su nombre en el envasado y etiquetado de los productos, en cierta documentación de la empresa, etc., con la finalidad de identificarse como empresario-sujeto jurídico titular de derechos y deberes y centro de imputación de posibles responsabilidades.

Pues bien, desde mi punto de vista, la modificación de los arts. 37.1 y 34.1 LM en el sentido más arriba explicado, parece poner fin a esta situación. Ya no es posible hablar de usos inmunes, esto es, no distintivos, de la denominación social en el "tráfico económico". La denominación social sólo es inmune para el Derecho marcario cuando se emplea en el tráfico jurídico en sentido estricto (ámbitos negocial y procesal)[252].

El "tráfico económico" se presenta, por tanto, como un concepto clave de la disciplina marcaria de la denominación social derivada del RDL 23/2018. A él aluden, en efecto, no sólo los arts. 37 y 34 LM (que conforman la doble perspectiva —negativa y positiva— del ilícito marcario), sino también el art. 9.1 letra d) de ese mismo cuerpo legal. A mi juicio, dicho concepto quizá puede encerrar las claves para entender mejor las normas que la LM dedica a la denominación social y, en concreto, para poner fin a las polémicas interpretativas que han existido en nuestra comunidad jurídica en torno al alcance del último precepto mencionado: el art. 9.1 letra d) LM. Me explico:

Como se sabe, el art. 9.1 letra d) LM establece una medida preventiva dirigida a evitar el conflicto que puede suscitarse cuando un tercero trata de registrar como marca o nombre comercial un signo confundible con una denominación social prioritaria. En concreto, dicho precepto dispone que la denominación social que identifique en el "tráfico económico" a una persona distinta del solicitante impide que pueda registrarse como marca [o nombre comercial *ex* art. 88, letra c) LM] un signo que resulte confundible con ella, siempre que el titular de la denominación social pueda probar su "uso o conocimiento notorio" dentro "del conjunto del territorio nacional".

Las principales dudas suscitadas por esta norma han girado en torno al tipo de uso de la denominación social que ha de acreditarse para que su titular —el ente colectivo— pueda oponerse con éxito al registro de un signo distintivo confundible: ¿Basta un uso en concepto de denominación social en sentido estricto o es necesario un uso en concepto de distintivo empresarial?

La respuesta que la doctrina ha dado a esta cuestión no ha sido unívoca. Para un sector doctrinal el art. 9.1 letra d) LM no exige que la denominación social haya sido usada a título distintivo. Basta un uso en concepto de denominación social, pues de no ser así no se entendería la referencia separada que realiza el precepto a la denominación social, de un lado, y al nombre comercial, de otro[253].

En cambio, otro sector doctrinal es partidario de entender que el uso requerido por el art. 9.1 letra d) LM ha de ser en concepto de distintivo empresarial. Razón por la que sostiene que la denominación social como tal no entra dentro de las prohibiciones relativas de registro fijadas por la LM. Éstas sólo alcanzan a la denominación social en cuanto que sea usada en concepto de distintivo empresarial (en especial, como nombre comercial)[254].

> El TS parece dar la razón a estos últimos autores. Así lo prueba la STS de 8 de febrero de 2017, donde sostiene, entre otras cosas, que "(p)odíamos dudar de que se cumplieran las condiciones generales previstas al comienzo de la letra d) del art. 9.1 LM, pues no es claro que este nombre comercial (...) identifique en el tráfico económico a la demandante,

[252] Comparte esta interpretación: CASADO NAVARRO (2019), págs. 340 y 341.

[253] *V.*, entre otros, GARCÍA VIDAL (2001), pág. 61; MARTÍNEZ SANZ (2002), pág. 135; MIRANDA SERRANO (2003), pág. 136; CURTO POLO (2008), pág. 307; ÍÑIGUEZ ORTEGA (2012-13), pág. 128; GALACHO ALBOLAFIO (2013-14), pág. 307.

[254] *Ad ex., v.* MASSAGUER FUENTES (2002.a), pág. 16; ÍDEM (2002), pág. 42; SALELLES CLIMENT (2002), pág. 284; BARBERO CHECA (2003), pág. 16; CABANAS TREJO (2006), págs. 124 y ss.; ÍDEM (2018.a), pág. 7; THOMAS PUIG (2019), pág. 4; CASADO NAVARRO (2019), pág. 348.

más allá de que constituya su denominación social y como tal cumpla su función propia, a la vista de la actividad que se ha declarado probado que desarrolla"[255].

En la jurisprudencia menor también encontramos pronunciamientos en esta misma dirección. Este es el caso, por ejemplo, de la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2014, en la que puede leerse: "También en su mayor parte lo usado es el signo *Hispano Suiza,* no la denominación social o el nombre comercial *La Hispano Suiza, Fábrica de Automóviles, S.A.* Los casos en los que se usa esta última expresión son esencialmente los contratos y no nos permiten concluir que haya existido uso en una parte sustancial del territorio nacional, ni tampoco que, por consecuencia de ese uso, el signo haya adquirido un conocimiento con entidad suficiente como para ser estimado notorio en todo el territorio nacional"[256].

Entre los argumentos utilizados por el sector doctrinal mencionado en segundo lugar, hay uno que reviste especial interés para los propósitos aquí perseguidos. Me refiero al hecho de que la ley habla de uso de la denominación social en el "trafico económico", lo que se interpreta en el sentido de que el legislador está enmarcando el uso del nombre social dentro del ámbito de actuación propio de los signos distintivos de la empresa[257].

Ahora bien, la referencia al tráfico económico contenida en el art. 9.1 letra d) LM puede cobrar un nuevo sentido a la luz de la reforma de la legislación marcaria acometida por el RDL 23/2018. Tras esta reforma, en efecto, creo que existe base jurídica para interpretar que la denominación social, aunque utilizada en concepto de denominación social en el tráfico económico, es apta para impedir el registro de un signo (marca o nombre comercial) posterior, siempre que su titular esté en condiciones de probar que la ha utilizado en el tráfico económico en la totalidad del territorio nacional. Porque, como estoy tratando de explicar, tras la reforma de 2018, la LM cuenta con materiales normativos idóneos para sostener que los usos de la denominación social en el tráfico económico son marcariamente relevantes. Y ello sin que en tales casos la denominación social tenga que ser utilizada necesariamente como distintivo empresarial y, en concreto, como nombre comercial.

Esos materiales normativos son, obviamente, los dos preceptos que conforman la dual perspectiva (negativa y positiva) del ilícito marcario: el art. 37.1 letra a) LM y el art. 34.3 letra d) LM, interpretados en el sentido más arriba expuesto.

Por tanto, todo parece ya encajar mejor en la LM. Ésta opta por reconocer carácter distintivo (de las prestaciones empresariales a las que se dedica la empresa societaria) a la denominación social. Y ese reconocimiento es doble en el siguiente sentido:

1º) Alcanza, por un lado, al titular de una denominación social previa, al que lo faculta para oponerse al registro de un signo posterior como marca o nombre comercial confundible, aunque para ello es necesario que pruebe que ha usado de ella en el tráfico económico en el conjunto del territorio nacional o, que pese a no haber tenido lugar dicho uso, se trata de una denominación notoriamente conocida en dicho ámbito. Parece ahora más claro, tras el RDL 23/2018, que no se exige un uso de la denominación social en concepto de signo distintivo. Basta un uso en concepto de denominación social. Lo relevante es que dicho uso tenga lugar en el tráfico económico.

2º) Pero dicho reconocimiento alcanza también a las denominaciones sociales usadas en el tráfico económico con posterioridad al registro de determinados signos (marcas o nombres comerciales) confundibles. Cuando se dé alguna de estas situaciones, la sociedad titular de la denominación social difícilmente va a poder defenderse ante una demanda de modificación estatutaria de su denominación entablada por el titular del signo distintivo

[255] STS, 1ª, de 8.2.2017, núm. 2017/70 (M.P.: Ignacio Sancho Gargallo).

[256] SAP de Barcelona de 12.2.2014, núm. 2014/51.

[257] CABANAS TREJO (2006), pág. 125 y ss.; ÍDEM (2018.a), pág. 7.

prioritario. Sobre todo, porque éste cuenta a su favor con dos importantes materiales normativos: el art. 37.1 a) LM y el art. 34.3 letra d) LM, según la nueva redacción que a ambos ha dado el RDL 23/2018.

Tras la reforma marcaria de diciembre de 2018 queda, por tanto, desarmada de argumentación, en gran medida, la línea jurisprudencial minoritaria del TS en la resolución de los conflictos entre denominaciones sociales y distintivos empresariales prioritarios. Sobre todo, porque a partir de ese momento el órgano jurisdiccional ha dejado de contar con la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico económico, que tan útil le resultó con vistas a fundamentar la solución acogida por las sentencias que conforman dicha línea jurisprudencial.

Por último, parece conveniente preguntarse qué va a suceder con aquellas sociedades que hasta el momento de la entrada en vigor del RDL 23/2018 venían actuando en el tráfico económico con una denominación social confundible con un signo distintivo prioritario, amparando dicho uso en el art. 37.1 LM en su redacción previa a diciembre de 2018 (por ejemplo, indicando en el etiquetado de los productos la identidad del fabricante)[258].

Todo parece indicar que estas sociedades sólo podrán hacer uso de su denominación social en el tráfico jurídico en sentido estricto. Ahora bien, dado que la denominación social está llamada a ser usada no sólo en el tráfico jurídico sino también en el económico, sería altamente recomendable que sus titulares emprendieran las acciones necesarias para modificarlas. De lo contrario, es probable que tengan que enfrentarse en el futuro a una demanda de cambio de denominación social. Y frente a ella ya no podrán utilizar el arma de defensa jurídica consistente en la limitación marcaria del uso del nombre en el tráfico económico, que tan buenos resultados ha dado en algunos casos a quienes lo han invocado.

3. Desenlace: Déficits de la disciplina marcaria de la denominación social que sería conveniente solventar y conclusión final

Se han analizado en las páginas precedentes los avances en el proceso de industrialización de la denominación social derivados de la DM 2015 y el RDL 23/2018. Pero no hay que echar las campanas al vuelo. Estos avances, aunque significativos, son insuficientes para solucionar los conflictos entre denominaciones sociales y distintivos empresariales en nuestro ordenamiento. Corroboran la veracidad de esta afirmación las limitaciones anudadas a los "puentes" o "vasos comunicantes" que actualmente existen entre las normas reguladoras de los signos distintivos y de las denominaciones sociales [especialmente, el art. 9.1 letra d) LM y la DA 14ª LM].

Aunque la reforma de la LM llevada a cabo por el RDL 23/2018 ha ofrecido algo de luz en la interpretación de algunas de las dudas suscitadas por estas normas [en concreto, por el art. 9.1 letra d) LM] —en el sentido expuesto en el epígrafe precedente—, parece necesario consolidar el carácter distintivo de la denominación social, solventando los déficits que aún presenta su disciplina marcaria. Se trataría, en suma, de adoptar una serie de medidas legislativas de reforma del Derecho vigente que completen el proceso de industrialización en que se encuentra inmersa esta figura societaria desde hace ya algún tiempo.

En mi opinión, de entre las posibles medidas legislativas a adoptar, sobresale especialmente la consistente en reforzar los mecanismos jurídicos que permitan la no adopción tanto de denominaciones sociales confundibles con signos distintivos prioritarios previamente registrados o renombrados, como —a la inversa— de signos distintivos confundibles con denominaciones sociales prioritarias. Es verdad que para tales fines revisten ya utilidad en nuestro ordenamiento la DA 14ª LM y el art. 9.1 letra d) LM. Mas no menos cierto es, al mismo tiempo, que ambas disposiciones presentan relevantes limitaciones que es conveniente soslayar.

[258] No en vano, como señala la doctrina, el supuesto de hecho contemplado en el art. 37.1 letra a) LM "es normalmente el del fabricante o distribuidor que identifica su actividad en la etiqueta del producto": LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), pág. 583.

La consecución de estos objetivos podría hacerse realidad a través de varias vías, no todas igual de ambiciosas. La primera consistiría en establecer instrumentos de coordinación entre los registros implicados, que impidan el acceso al Registro Mercantil de denominaciones sociales confundibles con signos distintivos prioritarios[259].

Algo parecido —aunque más perfeccionado— a lo que trató de hacer el legislador societario a través del art. 90.3 del Proyecto de RRM de 1989 que el Ministerio de Justicia remitió —para el correspondiente informe— a la Junta de Decanos, donde aludió expresamente a los signos distintivos como obstáculos para la lícita adopción de denominaciones sociales: "Tampoco podrá la denominación inducir a confusión respecto de denominaciones o signos distintivos de otras entidades preexistentes notoriamente conocidas"[260].

También el Anteproyecto de Código Mercantil sigue esta dirección, aunque refiriéndose únicamente a signos distintivos previos notorios o renombrados. Así lo corrobora su art. 212-2 —intitulado "prohibiciones"—, donde, tras establecerse que "(n)o se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente" (apdo. 1) y que "(n)o se podrá incluir en la denominación término o expresión que induzca a error sobre el tipo o las características de la sociedad", se sienta la regla prohibitiva según la cual "(n)o se podrá adoptar una denominación social que pueda originar confusión con una marca o nombre comercial notorios o renombrados, salvo autorización del titular" (apdo. 3)[261].

Ahora bien, la elección de esta vía encontraría ciertos obstáculos de importancia, en la medida en que obligaría al Registrador Mercantil Central a realizar valoraciones de conceptos y categorías marcarias que hasta la fecha han venido siendo ajenas a sus competencias y preocupaciones[262]. De ahí que parezca conveniente buscar otra vía menos compleja y problemática. Ésta podría consistir en propiciar un intercambio cruzado de información entre el Registro Mercantil Central y la OEPM, que permitiera a los solicitantes de denominaciones sociales o signos distintivos tener conocimiento de la existencia de signos distintivos o denominaciones sociales prioritarios con los que podrían suscitarse problemas de confusión concurrencial y aprovechamiento de la reputación ajena[263].

Como es lógico, para que esta cooperación pudiese dar resultados satisfactorios, sería necesario que en la solicitud de certificación negativa de denominación social el solicitante informase al Registro Mercantil Central de la relación de actividades que conforman el objeto social. Pues sólo de este modo el órgano registral estaría en condiciones de poner en conocimiento de los solicitantes de denominaciones sociales la existencia de signos distintivos previos con los que podrían generarse problemas de confusión en el mercado.

Con estos datos en su poder, serían los propios solicitantes quienes habrían de valorar en cada caso si se decantan por la elección de una denominación social que no plantee problema alguno con otros signos previos o, en cambio, prefieren optar por otra expresión denominativa susceptible de ser atacada jurídicamente en el futuro por el titular de un signo distintivo prioritario.

En caso de que optaran por esta segunda vía —nada aconsejable— y llegara finalmente a interponerse una demanda a través de la cual se solicitase un cambio de denominación social, parece desproporcionado aplicar la sanción dispuesta por la DA 17ª LM, duramente criticada por la doctrina por ser excesivamente rigurosa[264], que con algunas

---

[259] Como sugieren o proponen, entre otros, PORTELLANO DÍEZ (1995), págs. 382 y ss.; VILLA VEGA (2003), págs. 1397 y ss.; GALACHO ALBOLAFIO (2013/14), págs. 203 y ss.; CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), págs. 489 y ss.

[260] MIRANDA SERRANO (2003), pág. 126; ídem (2007), pág. 36.

[261] El texto del Anteproyecto de Código Mercantil está disponible en https://transparencia.gob.es.

[262] Así, aunque en relación con la DA 14ª LM: MARTÍNEZ SANZ (2002), págs. 134 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), págs. 15 y ss.; MIRANDA SERRANO (2003), págs. 128 y ss.; GARCÍA VIDAL (2001), págs. 76 y ss., entre otros. La propia DGRN ha sido consciente de estos inconvenientes ligados a la aplicación de la DA 14ª LM: *v.*, *ad. ex.*, la RDGRN de 24.2.2004.

[263] En la dirección apuntada por CASADO NAVARRO (2019), pág. 360.

[264] *V.*, entre otros, MARTÍNEZ SANZ (2002), pág. 136; SALELLES CLIMENT (2002), pág. 284; MIRANDA SERRANO (2007), págs. 41 y 42; entre otros.

significativas modificaciones ha pasado al articulado del Anteproyecto de Código Mercantil[265]. De ahí que sea razonable abogar por la derogación de esta DA y aplicar, en su lugar, el art. 417 RRM[266]:

> "1. La sentencia firme que, por cualquier causa, ordene el cambio de denominación, habrá de inscribirse, mediante testimonio de la misma, en el Registro Mercantil en que figure inscrita la entidad condenada. El Registrador remitirá al Registrador Mercantil Central los datos correspondientes para su inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».
> 2. Efectuada la inscripción, no podrán acceder al Registro Mercantil Provincial correspondiente nuevas inscripciones relativas a las sociedades o entidades que deban modificar su denominación, en tanto no se inscriba la nueva denominación de la sociedad o entidad afectada."

Por otra parte, el establecimiento de una medida legislativa como la que acaba de exponerse haría innecesaria la DA 14ª que, desde mi punto de vista, peca por defecto, en la medida en que sólo pone coto a la adopción de denominaciones sociales confundibles con signos renombrados (*rectius*, notorios y renombrados, tal como se concebían los primeros con anterioridad a la DM 2015), pero no a las confundibles con signos prioritarios carentes de renombre.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, del art. 9.1 letra d) LM, cuya permanencia en nuestro ordenamiento se aconseja necesaria, a fin de permitir a los titulares de denominaciones sociales prioritarias oponerse exitosamente al registro de signos distintivos posteriores que resulten confundibles[267]. Ahora bien, esta norma habría de interpretarse en la dirección apuntada por la reforma de la LM llevada a cabo por el RDL 23/2018, esto es, entendiendo que basta acreditar el uso de la denominación social en el tráfico económico dentro del conjunto del territorio nacional para que su titular pueda oponerse con éxito al registro de un signo posterior confundible, independientemente de que dicho uso haya sido realizado en concepto de denominación social en sentido estricto o de distintivo empresarial[268]. Recuérdese al respecto todo lo expuesto más arriba acerca de la relevancia que tiene el concepto de "tráfico económico" (*rectius*, "uso en el tráfico económico") en la disciplina marcaria de la denominación social derivada de la DM 2015 y el RDL 23/2018.

Sería, en todo caso, aconsejable que los cambios en la regulación de la denominación social que acabo de exponer fueran acompañados de una reforma más ambiciosa del Derecho español de los signos distintivos, que permitiera a nuestro país alinearse con los sistemas de marcas vigentes en los principales ordenamientos de nuestro entorno socioeconómico. En este sentido, me parecen sólidas y muy bien fundadas las propuestas que abogan por la abolición del registro del nombre comercial y la remisión de su tutela al Derecho de la competencia desleal. Sobre todo, a la vista de la relevante aproximación al régimen jurídico de la marca que ha experimentado su regulación en los últimos años, que ha llegado a hacer de esta modalidad de distintivo empresarial una especie de "marca-empresa"[269].

---

[265] V. el art. 272-2 del Anteproyecto: "La sociedad se disolverá de pleno derecho por el transcurso de seis meses desde la firmeza de la sentencia que condene al cambio de la denominación social sin que se adopte e inscriba en el Registro Mercantil la nueva denominación".

[266] Tal como se viene reclamando ya por un sector de la doctrina: MARTÍNEZ SANZ (2002), pág. 136; SALELLES CLIMENT (2002), pág. 284; MIRANDA SERRANO (2007), págs. 41 y 42; CASADO NAVARRO (2019), págs. 360 y ss. entre otros. No conformes, sin embargo, BENAVIDES DEL REY (2003), pág. 818 y GALACHO ALBOLAFIO (2013-14), págs. 206 y 207. Por su parte, CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 496, a la vista de lo que dispone el art. 272-2 del Anteproyecto de Código Mercantil y de considerar excesivamente rigurosa la medida prevista en la DA 17ª LM, propone dar a esta DA la siguiente redacción: "Si la sentencia por violación del derecho de marca impusiera el cambio de denominación social y éste no se efectuara en el plazo de seis meses, el Registrador Mercantil de oficio procederá a modificar la denominación social por un código numérico y la indicación del tipo social, sin perjuicio de lo establecido en el art. 44 de esta Ley".

[267] En esta dirección, entre otros: CASADO NAVARRO (2019), págs. 360 y ss.; CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 496.

[268] No conforme, sin embargo: CORBERÁ MARTÍNEZ (2017), pág. 496, para quien una denominación utilizada como tal (aunque el uso tenga lugar en el tráfico económico) no puede recibir protección por la vía del art. 9.1 letra d) LM.

[269] Recientemente, *v.* en este sentido —con una batería de argumentos de interés— CASADO NAVARRO (2019), págs. 415 y ss., quien alega las siguientes razones a favor de esta propuesta: 1ª) Conceptual y funcionalmente, el nombre comercial no se configura normativamente como el signo distintivo de la empresa en el mercado. En nuestro Derecho, esta institución aparece, más bien, como un signo distintivo que viene a identificar y a diferenciar el resultado de la actividad empresarial: los productos o servicios ofrecidos por la empresa. 2ª) Su tutela deriva,

Es cierto que esta propuesta encontraría en nuestro ordenamiento un obstáculo importante no sólo en el peso de la tradición jurídica, sino también —muy destacadamente— en consideraciones recaudatorias anudadas a la duplicidad de registros[270]. Ahora bien, este obstáculo, pese a su indudable importancia derivada del notable incremento del número de solicitudes de inscripción de nombres comerciales experimentado en los últimos años[271], no parece insalvable, como lo demostró en su día la supresión del registro del rótulo de establecimiento consumada en 2001 por la vigente LM[272].

El resultado de esta reforma sería el establecimiento en nuestro ordenamiento de un régimen unitario de los signos de identificación empresarial diversos de la marca, tales como los nombres comerciales, los rótulos de establecimiento, los nombres de dominio y —en lo que especialmente aquí interesa— las denominaciones sociales.

Incluyo expresamente a la denominación social dentro de este conjunto de signos de propiedad industrial porque, desde mi punto de vista, tras las reformas acometidas por el RDL 23/2018, hay en nuestra LM base jurídica para afirmar que el Derecho español reconoce carácter distintivo a esta figura societaria, en la dirección que ya siguen otros ordenamientos de nuestro entorno, como el francés, el italiano o el alemán.

En efecto, aunque comencé este trabajo afirmando que, según se acepta por la comunidad jurídica española, la denominación social —al menos en principio— parece no merecer en nuestro Derecho la consideración de verdadero distintivo empresarial de propiedad industrial, creo que existen ya suficientes argumentos jurídicos para propiciar un cambio de opinión al respecto.

---

fundamentalmente, de su protección registral y se articula por los cauces de la normativa marcaria, a través de un régimen jurídico prácticamente idéntico al de la marca. 3ª) Esta identidad normativa se lleva hasta sus últimas consecuencias, obviando el texto de la Ley y aplicándole, sin más, las soluciones adoptadas en sede de marcas. 4ª) Su regulación, aun derivando del cumplimiento de los mandatos del CUP, se separa de la que es común en la mayoría de los Estados signatarios. 5ª) La normativa represora de la competencia desleal se erige en un vehículo hábil y útil para proteger las potencialidades distintivas de un signo llamado a distinguir la empresa en el mercado. Una realidad que, sin duda, es más compleja y abarca más elementos que los meros productos o servicios que son el resultado de su actividad. En esta misma dirección merece ser destacado —por el rigor de sus planteamientos— GONDRA ROMERO (1996), págs. 867 y 868, quien se decanta abiertamente por esta solución en los siguientes términos: "1) El ámbito del Derecho de los signos registrados (…) debería reservarse a los signos con función de marca, es decir, destinados específicamente a servir de indicativos del origen o fuente de procedencia empresarial de los productos o servicios (…). 2) De otro lado, estarían los signos y demás elementos distintivos que sirven a individualizar la empresa (…). Estos deberían quedar remitidos, a mi entender, al régimen de protección que se contiene en el Derecho de la competencia desleal. La mayor imprecisión y variabilidad del objeto de referencia de estos signos (…) no se presta a una fijación *a priori* del signo y de su significado, como la que con el registro del signo se busca. Parece por ello más razonable referirlos al régimen de protección del Derecho relativo a la competencia desleal, en línea con la orientación dominante en los países europeos". Coincidente con GONDRA en cuanto a la conveniencia de suprimir el registro del nombre comercial (al menos en lo que a los empresarios colectivos se refiere) v. CERDÁ ALBERO (1996), págs. 6975 y 6976. También en este mismo sentido: a propósito de la LM 1988: PELLISÉ PRATS (1989), págs. 657 y ss.; y, a raíz de la promulgación de la LM 2001: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), pág. 7; GARCÍA PÉREZ (2003), pág. 177; QUINTANA CARLO Y MARCO ALCALÁ (2008), pág. 1273, entre otros.

[270] Como apunta BOTANA AGRA (1989-90), pág. 35, nota 69.

[271] Así lo corroboran los datos suministrados por la OEPM y en los últimos años. En concreto, el número de nombres comerciales nacionales en vigor a 31 de diciembre de 2017 era de 81.738. En ese mimo año el número total de solicitudes de nombres comerciales nacionales presentados por residentes en las CCAA fue de 9.437. Las CCAA que mostraron un mayor registro de solicitudes fueron Madrid (21,89%), Andalucía (16,74%), Cataluña (13,32%) y Comunidad Valenciana (11,07%). En concreto, el conjunto de estas CCAA registraron el 63%. El resto de las CCAA repartieron su actividad en el 37%, aunque alguna de ellas alcanzó el 10% en número de solicitudes registradas: *v.* OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS (2018), págs. 11 y 12. Por su parte, en 2018 el número de nombres comerciales nacionales en vigor a 31 de diciembre era de 87.210 y el número de concesiones alcanzó la cifra de 8.296. En particular, el número total de solicitudes presentadas por residentes en las CCAA fue de 12.195. Las CCAA que mostraron un mayor registro de solicitudes fueron Madrid (23,2%), Andalucía (17,0%), Cataluña (14,3%) y Comunidad Valenciana (10,3%). El conjunto de estas CCAA registraron el 64,8%. El resto de las CCAA repartieron su actividad en el 35,2%, aunque alguna de ellas alcanzó el 10% en número de solicitudes registrada: *v.* OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS (2019), págs. 12. También al respecto, señalando que en 2017 hubo una alta subida en el número de solicitudes de nombres comerciales en términos comparativos con las presentadas en 2016: CENTRO VIRTUAL DE APOYO A LA PYME EN MATERIA DE GESTIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, INTELECTUAL E INNOVACIÓN [CEVIPYME] (2018), págs. 1 y ss.

[272] Sobre las razones de esta supresión: GÓMEZ MONTERO (2001), págs. 99 y ss.; MASSAGUER FUENTES (2002.a), págs. 7 y ss.; ÍDEM, (2002.b), págs. 37 y ss.

A mi juicio, los primeros pasos al frente en la dirección indicada correspondería darlos a la doctrina. Principalmente a la industrialista, al haber sido el legislador marcario —con el auxilio de un sector doctrinal y de la jurisprudencia— el impulsor del proceso de industrialización de la denominación social, por mor del cual se le ha llegado a reconocer carácter distintivo en el sentido aquí explicado. Los recelos que al respecto pueda tener esta doctrina podrían desvanecerse tan pronto preste atención a la dogmática industrialista comparada, que no duda en insertar la denominación social dentro de los signos diferentes de la marca; en concreto, en el seno de los llamados "signos distintivos de la empresa". Cierto es que precisando en todo momento que se trata de una forma imperfecta o de segundo grado de propiedad industrial, no equiparable al signo distintivo por excelencia que es la marca[273].

Ahora bien, la cara o faceta distintiva de la denominación social, consecuente con la dimensión "objetiva y patrimonial" que se ha de reconocer a esta figura jurídica, en modo alguno puede eclipsar o desfigurar la otra cara "personal o subjetiva" que también le es inherente. La denominación social, al igual que el Dios Jano, posee dos caras distintas, debiendo ambas merecer la atención del legislador, el juez y la ciencia jurídica.

El legislador ya ha iniciado este camino y parece decidido a transitar por él, como lo confirma la vigente LM y el Anteproyecto de Código Mercantil. Cierto es que sigue sin hacerse realidad la Ley sobre denominaciones de personas jurídicas, que debería haber visto ya la luz en cumplimiento del mandato específico que la DA 18ª LM 2001 encomendó en su día al poder ejecutivo: "El Gobierno, en el plazo oportuno y tras los estudios y consultas que fueren necesarios, remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley sobre el régimen de las denominaciones sociales de las entidades jurídicas"[274].

También el juez ha dado ya pasos firmes en esta dirección. Así lo corrobora la línea jurisprudencial mayoritaria resolutoria de los conflictos entre denominaciones sociales y distintivos empresariales. No en vano —como tuvimos ocasión de exponer más arriba—, el TS es rotundo y claro en esta jurisprudencia al imponer a los entes colectivos el deber de modificar sus denominaciones sociales, cuando éstas son confundibles con signos distintivos prioritarios, con independencia del uso que de ellas hagan en la práctica.

Es ahora el momento de la ciencia jurídica. Tanto de la industrialista como de la societaria[275]. A ella le corresponde llevar a cabo el *aggiornamento* de la denominación social que aquí postulo, a fin de reconocerle carácter distintivo e incluirla dentro de los signos de identificación empresarial diversos de la marca[276]. Para lo cual tendrá que vencer los recelos que al respecto le acechan, derivados principalmente del peso de la tradición. Es verdad que ésta cumple un papel de primer orden en el ámbito del Derecho, al aportar la riqueza del pasado y coadyuvar al mejor

[273] A modo de ejemplo, *v.* en la doctrina francesa e italiana, entre otros: MARINO (2013), págs. 122 y ss.; BERTRAND (2002), págs. 537 y ss.; ÍDEM (2005), págs. 355 y ss.; GALLOUX (2003), págs. 548 y ss.; PASSA (2009), págs. 683 y ss.; POLLAND-DULIAND (2011), págs. 653 y ss.; CARTELLA (1996), págs. 27 y ss.; VANZETTI (2018), págs. 138 y ss. Representativas de este sentir doctrinal son, por ejemplo, las siguientes consideraciones de GALLOUX: "La función de la denominación social es la identificación administrativa y comercial de la sociedad. Sin embargo, no deja de ser un signo distintivo, ya que designa e individualiza un establecimiento a los ojos del público. El art. 1 del Convenio de la Unión de París no menciona la denominación social entre los derechos de propiedad industrial; sin embargo, la jurisprudencia hace de ella un verdadero derecho de propiedad inmaterial. En realidad, es sobre todo un valor económico que como tal se encuentra protegido (…). Como el nombre comercial, la denominación social representa una forma imperfecta de propiedad industrial" (2003, pág. 548, la traducción es mía).

[274] La DA 18ª LM trae causa de la enmienda núm. 130 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán. Su redacción decía lo siguiente: "El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley remitirá el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley sobre el régimen de las denominaciones sociales de las entidades". Y su fundamentación residía en que el régimen aplicable a las denominaciones sociales "se encuentra en una norma con rango de Decreto (Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio)", añadiéndose a esto que dicho rango es insuficiente, amén de que "resulta conveniente una actualización y desarrollo de esta regulación": Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A (Proyectos de Ley), núm. 33-10, de 18/5/2001 (pág. 87).

[275] Dentro de esta última doctrina no faltan quienes han expresado su resistencia a aceptar que la denominación social participe de los caracteres propios de los nombres civiles y de los signos distintivos: *v.* así MENÉNDEZ y VAQUERIZO (2007), págs. 184 y 185, quienes, pese a manifestarse en esta dirección, reconocen expresamente al mismo tiempo que los argumentos relacionados con la disociación dogmática entre la denominación social y los signos distintivos no bastan para defender el mantenimiento de una solución de política legislativa consistente en la incomunicación entre el Derecho de los signos distintivos y el Derecho de los nombres sociales.

[276] Como se ha hecho ya, en algún caso, por alguna doctrina industrialista con los nombres de dominio: FERNÁNDEZ-NOVOA, OTERO LASTRES y BOTANA AGRA (2017), págs. 771 y ss.

entendimiento del presente. Pero no menos cierto es que no debe utilizarse como coartada para negar las transformaciones que experimentan las instituciones con el paso del tiempo.

Los conceptos y las categorías jurídicas no son inmutables, sino que se transforman al compás en que lo hacen las leyes y las realidades reguladas. Razón por la cual sería un error lamentable no prestar atención al proceso de industrialización que viene experimentado la denominación social desde hace ya algún tiempo, reforzado por el RDL 23/2018 en los términos aquí expuestos. Y es que, como he tratado de explicar a lo largo de estas reflexiones, dicho proceso hunde sus raíces en la naturaleza misma de la denominación social y en la dificultad de disociar las dos dimensiones que le son inherentes. Porque, aunque la tradición secular viene equiparando el nombre de la persona jurídica societaria con el nombre civil de la persona física, *non semper ea sunt quae videntur*, como categóricamente sentenció Fedro en sus Fábulas.

4. Bibliografía

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2013), "Comentario al Artículo 6. Denominación social", en aa.vv (dirs. García Pérez y Albiez Dohrmann), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, págs. 263 y ss.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), "Denominación social y signos distintivos", disponible en https://almacendederecho.org

– (2014), "Denominación social, marcas y competencia desleal", disponible en https://derechomercantilespana.blogspot.com

Francisco J. ALONSO ESPINOSA (2002), "Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, julio-septiembre, págs. 1185 y ss.

Carlos ÁLVAREZ ROMERO (1985), "La denominación en la sociedad anónima", en aa.vv., *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, págs. 1213 y ss.

Manuel AREÁN LALÍN (2001), "Marca registrada versus denominación social", en *Cuadernos Jurídicos de Propiedad Industrial,* núm. 6, págs. 27 y ss.

–(1987-88), "La protección de la marca registrada frente a una denominación social confundible", en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 12, págs. 197 y ss.

Alfredo ÁVILA DE LA TORRE (2005), "Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 2004: conflicto entre marca preexistente y denominación social posterior. Violación del derecho de marcas", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, págs. 339 y ss.

José BANÚS DURÁN (1990), "El nombre comercial y el rótulo de establecimiento", en aa.vv. (coord. González Bueno), *Jornadas de estudio sobre la nueva regulación legal del Derecho de marcas. La empresa española ante el mercado único*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, págs. 141 y ss.

José Luis BARBERO CHECA (2003), "Comentario al Artículo 9. Otros derechos anteriores", en aa.vv. (coord. González Bueno), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, págs. 203 y ss.

José BAUZÁ GAYÁ (1997), "Denominación social y nombre comercial", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 21, 1997, págs. 9 y ss.

–(1993), *La identidad en Derecho. Especial referencia a la identidad en la denominación social de las entidades mercantiles*, Ed. Comares, Granada.

Hermenegildo BAYLOS CORROZA (1993), *Tratado de Derecho industrial*, Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid.

José Luis BENAVIDES DEL REY (2003.a), "Disposición adicional decimocuarta. Prohibición de otorgamiento de denominaciones de personas jurídicas que puedan originar confusión con una marca o nombre comercial notorios o renombrados", en aa.vv. (coord. González Bueno), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, págs. 808 y ss.

–(2003.b), "Disposición adicional decimoséptima. Extinción de sociedades por violación del derecho de marca", en aa.vv. (coord. González Bueno), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 818 y ss.

–(2002), "Denominaciones sociales y propiedad industrial", en aa.vv. (Consejo General del Poder Judicial), *Derecho de sociedades*, Madrid, 1998, t. II, págs. 431 y ss.

–(2001), "Marcas y denominaciones sociales", en *Seminario sobre la nueva Ley de Marcas,* organizado por la OEPM y la EOI en Madrid, el 17 y 18 de diciembre de 2001, disponible en www.oepm.es

Alberto BERCOVITZ ROGRÍGUEZ-CANO (2002), "Denominaciones sociales, signos distintivos de la empresa y nombres de dominio", en aa.vv., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGraw-Hill, vol. I, Madrid, págs. 3 y ss.

– (2002), *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona.

–(1991), "Observaciones preliminares a la Ley de Marcas de 1988 (especialmente desde la perspectiva del Derecho europeo)", en aa.vv., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, págs. 155 y ss.

–(1983), "Derecho extranjero. Aplicación por los Tribunales españoles, rótulo de establecimiento"*, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, ISSN 0212-6206,* núm. 1, págs. 149 y ss..

André R. BERTRAND (2005), *Droit des marques, signes distinctifs, noms de domanine*, Ed. Dalloz

–(2002), *Le Droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine*, Ed. CEDAT, París.

–(2000), *Le Droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine*, Ed. CEDAT, París

Manuel BOTANA AGRA (2001), *Las denominaciones de origen*, en AA.VV. (dirs. Olivencia, Fernández-Novoa y Fernández de Parga), *Tratado de Derecho Mercantil*, t. XX, vol. 2, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

–(1998-90), "Panóramica de la Ley 32/1988 española de Marcas", en *Actas de Derecho Industrial,* núm. 13, págs. 13 y ss.

–(1996), "A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales", en *La Ley*, núm. 2, págs. 1607 y ss.

Vanessa BOUCHARA (2012), "L´usage du nom patronymique à titre de marque: quelques precautions à prendre", disponible en https://www.village-justice.com

Ricardo CABANAS TREJO (2018.a), "El conflicto entre la denominación social y los signos distintivos (la paradoja de un conflicto –muy– real, pero –en teoría– imposible)", en *Diario La Ley*, núm. 9140, págs. 1 y ss.

–(2018.b), "Un estudio de la denominación social desde la perspectiva de la legislación —sólo— societaria", en *Diario La Ley*, núm. 9110, 2018, págs. 1 y ss.

–(2006), *Denominación social y Registros mercantiles*, Colegios Notariales de España, colección Escritura Pública. Ensayos de actualidad, Madrid.

José Enrique CACHÓN BLANCO (1992), "Relaciones entre signos distintivos de la empresa y denominaciones sociales", en *Actualidad Civil,* núm. 48, págs. 829 y ss.

Aurora CAMPINS VARGAS (2000), *La sociedad profesional*, Ed. Civitas, Madrid.

Fernando CARBAJO CASCÓN (2018), "La doctrina de los círculos concéntricos y de la complementariedad relativa entre el Derecho de marcas y de competencia desleal, a la luz del uso de signos ajenos como palabras clave vinculadas a enlaces publicitarios en motores de búsqueda", en aa.vv. (dir. Madrid Parra), *Derecho mercantil y tecnología*, Cizur Menor Aranzadi, 2018, págs. 569 y ss.

–(2012), "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2011 (caso L'Oreal c. Ebay) y jurisprudencia relacionada", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, págs 166 y ss.

–(2002), *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

Massimo CARTELLA (1996), *La ditta,* Giuffrè Editore, Milano.

Antonio CASADO NAVARRO (2019), *Caracterización, régimen jurídico y retos del nombre comercial en una economía global*, tesis doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Córdoba, disponible en http://hdl.handle.net/10396/19085

CENTRO VIRTUAL DE APOYO A LA PYME EN MATERIA DE GESTIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, INTELECTUAL E INNOVACIÓN [cevipyme] (2018), "Observaciones acerca de las últimas cifras sobre Propiedad Industrial y Marcas recogidas en España", disponigle en https://cevipyme.wordpress.com

Fernando CERDÁ ALBERO (1996), "Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas. Reflexiones desde una jurisprudencia reciente", en *Revista General de Derecho,* núm. 621, págs. 6953 y ss..

José Miguel Corberá MARTÍNEZ (2017), *Los conflictos entre las marcas y las denominaciones sociales. Últimos desarrollos en el sistema de marcas de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

–(2017), "El nombre como límite al derecho de marca en el nuevo sistema de marcas de la Unión Europea", en aa.vv. (dirs. Tato Plaza, Costas Comesaña y otros), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial,* Ed. Comares, Granada, pág. 285 y ss.

–(2011), "La denominación social como límite al derecho de marca", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 282, pág. 341 y ss.

Julio COSTAS COMESAÑA (2003), "Comentario a la sentencia de 26 de junio de 2003: marca renombrada, infracción del derecho exclusivo de marca registrada por utilización por tercero en el tráfico económico de denominación social semejante a la marca inscrita para servicios no similares a los productos protegidos por la marca", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 63, págs.. 1241 y ss.

Esther CRUCES PASTOR (1998), "Denominación social vs. signos distintivos: el caso Airtel", en aa.vv. (coords. Aurioles Martín y Martín Romero), *Jornadas de Derecho de sociedades (Málaga 14, 15 y 16 de mayo de 1997)*, Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, págs. 251 y ss.

CURTO POLO (2008), "Comentario al Artículo 9. Otros derechos anteriores", en aa.vv., (Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Marcas*, t. I, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, págs. 289 y ss.

Miguel DE ALMANSA MORENO DE BARREDA (1994), "El nombre comercial", en aa.vv. (coords. Font Galán, Navarro Chinchilla y Vázquez García), *Derecho de la propiedad industrial*, monográfico de la *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1994, págs. 77 y ss.

Elena DE LA FUENTE GARCÍA (2002), "El rótulo del establecimiento mercantil y la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas", en *Consultor Inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 24, págs. 3 y ss.

Tomás DE LAS HERAS LORENZO (1986), "Sobre los requisitos de las denominaciones de las sociedades capitalistas y su obligada modificación", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, págs. 113 y ss.

María Angustias DÍAZ GÓMEZ (1995), "La individualización del empresario social a través de la denominación: Análisis de los requisitos comunes a todas las denominaciones sociales con especial referencia al de novedad o disponibilidad", en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 4, págs. 99 y ss.

Manuel DÍAZ VELASCO (1949), "El nombre comercial en los Registros Mercantil y de la Propiedad Industrial", en *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 503 y ss.

Alberto EZALBURU MÁRQUEZ y Jesús GÓMEZ MONTERO (2001), "Nombre comercial", en aa.vv., *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Madrid, págs. 233 y ss.

Luis FERNÁNDEZ DEL POZO (2019), "Marcas renombradas y denominaciones sociales", disponible en https://almacendederecho.org

Carlos FÉRNÁNDEZ-NOVOA (2004), *Tratado sobre Derecho de marcas*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona.

–(2001), *Tratado sobre Derecho de marcas*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

–(1997), "El riesgo de asociación", en *Actas de Derecho Industrial*, t. XVIII, págs. 23 y ss.

–(1995), *El sistema comunitario de marcas*, Ed. Montecorvo, Madrid.

–(1991), *Derecho de marcas*, Ed. Montecorvo, Madrid.

– .(1971), "El nombre comercial y su problemática registral", en aa.vv. *I Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial,* Castelldefels, Barcelona, págs. 101 y ss.

Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA, José Manuel OTERO LASTRES, Manuel BOTANA AGRA (2017), *Manual de la Propiedad Industrial*, 3ª ed., Edit. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo.

José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL (2003), "Marcas y denominaciones sociales", en aa.vv. (coord. Gimeno-Bayón Cobos), *Derecho de Marcas. Estudio sobre la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre*, Edit. Bosch, Barcelona.

Juan FLAQUER RIUTORT (1994-95), "Contribución al estudio de la marca patronímica", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 16, 1994, págs. 245 y ss.

Giorgio FLORIDIA (2006), *Il riassetto della proprietà industriale*, Giuffrè Editore, Milano.

Juan Ignacio FONT GALÁN (1997), *Prólogo a Miranda Serrano, Denominación social y nombre comercial*, Marcial Pons, Madrid, págs. 9 y ss.

Antonio Francisco GALACHO ABOLAFIO (2013-14), "El reconocimiento legal del carácter distintivo de la denominación social en la Ley 17/2001, de Marcas: verdad a medias", en *Actas de Derecho Industrial*, t. xxxiv, págs. 177 y ss.

Eduardo GALÁN CORONA (2008), "Artículo 37. Limitaciones del derecho de marca", en aa.vv., *Comentarios a la Ley de Marcas*, t. I, Ed. Thomson/Aranzadi, Navarra, págs. 601 y ss.

Jean-Christophe GALLOUX (2003), *Droit de la Propiété Industrielle*, Ed. Dalloz.

José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (1995), "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1994", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril-agosto, págs. 503 y ss.

Rafael GARCÍA PÉREZ (2003), "Consideraciones sobre la nueva Ley de Marcas", en *Universitas,* núm. 105, págs. 161 y ss.

Ángel GARCÍA VIDAL (2016), "La reforma del Derecho europeo de marcas (I): principales novedades introducidas por la Directiva (UE) 2015/2436", disponible en https://www.ga-p.com

–(2009-10), "España: El Tribunal Supremo se pronuncia de nuevo sobre el conflicto entre marcas y denominaciones sociales, con posterioridad a la debatida sentencia *Céline* del Tribunal de Justicia", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 30, págs. 1103 y ss.

– (2009), "La lesión de una marca por medio de un nombre comercial, un rótulo de establecimiento o una denominación social. Comentario a la Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2007, asunto C-17/06, *Céline SARL y Céline SA*", en Fernández-Novoa, García Vidal y Faramiñán Santas, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas (2007): comentarios, Recopilación y extractos sistematizados*, Ed. Comares, Granada, págs. 77 y ss.

–(2001), "La denominación social en la Ley de Marcas de 2001", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 22, págs. 57 y ss.

–(2002), "El uso de la marca ajena con una finalidad diferente a la de distinguir productos o servicios [Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 2002 (*Michael Hölterhoff*

y Ulrich Freiesleben); de 12 de noviembre de 2002 (*Arsenal Football Club plc y Mathew Reed*) y de 21 de noviembre de 2002 (*Robelco NV y Robeco Groep NV)*]", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 23, págs. 337 y ss.

–(2000), *El uso descriptivo de la marca ajena*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

Emilio GARRIDO CERDÁ (1991), "La denominación social", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 30, vol. 1, págs. 605 y ss.

Joaquín GARRIGUES (1976), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, Madrid.

–(1947), *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. I, Madrid.

José GIRÓN TENA (1976), *Derecho de sociedades*, t.I, Madrid.

–(1952), *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid.

–(1946), "Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1946", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 5, 1946, págs. 141 y ss.

Jesús GÓMEZ MONTERO (2001), "El régimen del rótulo de establecimiento en la nueva Ley de Marcas de 2001", en *Actas de Derecho Industrial*, t. XXII, págs. 99 y ss.

Andrés GÓMEZ (2019), "La desaparición de las marcas notorias en la nueva redacción del art. 8 de la Ley de Marcas", disponible en https://www.hyaip.com

José María GONDRA ROMERO (1997), "El nombre comercial", en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 8, págs. 13 y ss.

–(1996), "Teoría general de signos de empresa", en aa.vv., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, págs. 829 y ss.

Carlos GONZÁLEZ BUENO (2005), *Marcas notorias y renombradas en la ley y la jurisprudencia*, Ed. La Ley.

Pilar ÍÑIGUEZ ORTEGA (2012-13), "Aproximación a los signos distintivos prioritarios y las denominaciones sociales: relevancia diferenciadora", en *Actas de Derecho Industrial,* t. XXXIII, págs. 113 y ss.

–(2012), "Las colisiones entre las denominaciones sociales y los signos distintivos", en *Derecho de los Negocios,* núm. 258, 2012, págs. 17 y ss.

Emilio LANGLE (1950), *Manual de Derecho mercantil español*, t. I, Barcelona.

Carlos LEMA DEVESA (2013), "Extensión y límites del derecho de marca", en *Derecho de los Negocios*, núm. 270, págs. 7 y ss.

Manuel LOBATO GARCÍA-MIJÁN (2002), *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas,* 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, Madrid.

Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (1996), *Las denominaciones de origen*, Ed. Cedecs, Barcelona.

José Luis LÓPEZ GÓMEZ (1978), "Consideraciones sobre la homonimia en materia de signos distintivos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1977", en Actas de Derecho Industrial, núm. 5, págs. 447 y ss.

Francisco LUCES GIL (1977), *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español,* Ed. Bosch, Barcelona.

Luis MARCO ALCALÁ (2015-16), "La nueva regulación del Derecho de marcas en la Unión Europea (Comentario breve de la nueva Directiva sobre Marcas y de la modificación del Reglamento sobre la Marca de la Unión Europea)", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 36, págs. 391 y ss.

–(2005), "Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 2004: signos distintivos y denominaciones sociales", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, págs. 215 y ss.

Ángel Marina GARCÍA-TUÑÓN (1991), "Denominación y domicilio social", en aa.vv. (coord. Alonso Ureba), *Derecho de sociedades anónimas en homenaje al profesor José Girón Tena,* Vol. 1 (La fundación), Ed. Civitas, Madrid, págs. 205 y ss.

Laure MARINO (2013), *Droit de la Propiété Industrielle*, Ed. Dalloz.

María del Mar MAROÑO GARGALLO (2002), *Protección jurídica de las denominaciones de origen en Derecho español*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

Patricia MÁRQUEZ LOBILLO (2009), "Uso descriptivo de marca ajena: aspectos legales y jurisprudenciales", en aa.vv. (dir. Martínez Gutiérrez), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque multidisciplinar*, 1ª ed., Ed. La Ley, Madrid, págs. 473 y ss.

José Luis MARTÍ DE VESES PUIG (1992), "La denominación social de las sociedades mercantiles y su posible colisión con los signos distintivos de la propiedad industrial" en AA.VV., *Estudios sobre Derecho Industrial. Homenaje a H. Baylos,* Barcelona, Grupo español de la AIPPI, págs.. 437 y ss.

Pilar MARTÍN ARESTI (1998), "Comentario a la Sentencia de 2 de octubre de 1997", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 47, págs. 468 y ss.

Fernando MARTÍNEZ SANZ (2002), "Nombre comercial, denominación de personas jurídicas y nombre de dominio", en aa.vv., *El nuevo Derecho de marcas. Ley 17/2001 de 7 de diciembre*, de Marcas, Ed. Comares, Granada, págs. 127 y ss.

José MASSAGUER FUENTES (2002.a), "La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas: principios y claves", en aa.vv. (coord. Alonso Espinosa), *El nuevo Derecho de Marcas. Ley 17/2001, de 7 de diciembre*, de Marcas, Ed. Comares, Granada, págs. 1 y ss.

–(2002.b), "Acerca de las orientaciones y contenidos fundamentales de la reforma del sistema de marcas español mediante la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas", disponible en https://www.uria.com

–(1999), *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid.

–(1995), "Voz Marca", en aa.vv., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, vol. III, Madrid, págs. 4171 y ss.

Paul MATHELY (1994), *Le nouveau Droit français des marques*, Editions J.N.A., París.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR DE INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW (2011), *Study of the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, Munich.

Aurelio MENÉNDEZ (1988), *La competencia desleal*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid.

Aurelio MENÉNDEZ y Alberto VAQUERIZO (2007), "Comentario al art. 2 de la Ley de Sociedades Anónimas", en el t. III, vol. 1º de la obra: aa.vv. (dirs. Uría, Menéndez y Olivencia), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Ed. Thomson-Civitas, págs. 127 y ss.

Luis María MIRANDA SERRANO (2007), "Algo está cambiando… ¿Es la denominación social un signo distintivo de propiedad industrial?, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 48, 2007, págs. 9 y ss.

–(2003), "La relevancia distintiva de las denominaciones sociales en la Ley 17/2001 de Marcas", en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 21, págs. 109 y ss.

–(2002), "¿Hacia una coordinación normativa interdisciplinar del derecho de denominaciones sociales y el derecho de los signos distintivos de la empresa? (Reflexiones al hilo de las resoluciones de la DGRN de 24 de febrero de 1999)", en aa.vv.., *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Ed. McGraw Hill, Madrid, 2002, vol. I, págs. 331 y ss.

–(1997), *Denominación social y nombre comercial. Funciones y disfunciones*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

Montiano MONTEAGUDO MONEDERO (2010), "El presupuesto de la violación del derecho de marca: utilización a título de marca vs. utilización en el tráfico económico para productos o servicios", disponible en https://www.upf.edu–

–(2002), "Derechos y obligaciones del titular de la marca" en aa.vv. (coord. Alonso Espinosa), *El nuevo Derecho de Marcas. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas*, Granada, Comares, págs. 163 y ss.

–(1993), "El riesgo de confusión en el Derecho de marcas y en el Derecho de la competencia desleal", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 15, págs. 73 y ss.

Montiano MONTEAGUDO y José Ramón SALELLES (1995), "De nuevo sobre el conflicto entre denominación social y nombre comercial", en *Revista General de Derecho*, núm. 608, págs. 5476 y ss.

Montiano MONTEAGUDO y Paz SOLER (1991), "Conflictos entre denominación social y signos distintivos. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 16, de 25 de junio de 1990" en *Revista General de Derecho,* núm. 562-563, págs. 6503 y ss.

Luis MUÑOZ DE DIOS (1985), "Denegación de inscripción constitutiva de denominación social por nombre notoriamente conocido", en *Revista Jurídica La Ley,* págs. 1985 y ss.

OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS (2018), *La OEPM en cifras*, Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, disponible en http://www.oepm.es

–(2019), *La OEPM en cifras*, Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, disponible en http://www.oepm.es

Gloria ORTEGA REINOSO (2007), "Denominación de una sociedad profesional de abogados", en *Derecho de los Negocios*, núm. 198, págs. 10 y ss.

Matilde PACHECO CAÑETE (2007), "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los nombres de dominio", en aa.vv (dir. Madrid Parra), *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pág. 463 y ss.

Javier PARICIO SERRANO (1995), "La denominación social y el nombre comercial. Reflexiones en torno al concepto y a su relación desde la perspectiva de la competencia desleal", en Aa.Vv., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, t.* III, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 2779 y ss.

Jérôme PASSA (2009), *Droit de la propriété industrille*, t. 1, 2ª ed., París.

Antonio PAU PEDRÓN (1995), "Voz Nombre de la sociedad", en aa.vv., *Encliclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, págs. 4433 y ss.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2006), "La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación", en aa.vv. (Uría-Menéndez), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, págs. 567 y ss.

–(1990), "La reforma del Registro Mercantil", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1556, de 5 de marzo, págs. 1320 y ss.

José PEDREROL Y RUBÍ (1912), *El Nombre comercial, las recompensas industriales, las indicaciones de procedencia y la competencia ilícita según la Ley de Propiedad Industrial,* Ed. Revista Industrias Modernas, 1912.

Miguel PEGUERA POCH (2012-13), "Uso a título de marca y alcance del *ius prohibendi* en la Directiva de Marcas", en *Actas de Derecho Industrial*, t. 33, págs. 185 y ss.

Buenaventura PELLISÉ PRATS, (1989), "Comentarios básicos a la nueva Ley de Marcas de 1988", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1989, págs. 3 y ss.

–(1985), "La denominación sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y su tratamiento registral", en *Revista Jurídica de Cataluña,* vol. 84, núm. 3, págs. 697 y ss.

–(1982) "Voz Nombre Comercial", en AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, págs. 419 y ss.

Antonio PERDICES HUETOS (2015), "Comentario a la entrada de Jesús Alfaro sobre *Denominación social y signos distintivos* de 28 de julio de 2015*",* disponible en https://almacendederecho.org

Frédéric POLLAND-DULIAND (2011), *Propriété Intellectuelle. La propriété Industrielle*, París, Ed. Economica, 2011.

Pedro PORTELLANO DÍEZ (2009), "Comentario al Artículo 11. Actos de imitación", en AA.VV. (dir. Martínez Sanz), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, págs.. 169 y ss.

–(1995), *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid.

Teresa PUENTE MUÑOZ (1966.a), "Algunos aspectos del nombre comercial", en *Revista General de Derecho,* págs. 1018 y ss.

–(1966.b), "Todavía sobre la problemática del nombre comercial en el Derecho positivo español", en *RDEA*, núm. 11, págs. 83 y ss.

Ignacio QUINTANA CARLO y Luis Alberto MARCO ALCALÁ (2008), "Artículo 87. Concepto y normas aplicables", en aa.vv. (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed., t. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, págs. 1253 y ss.

Manuel REY-ALVITE VILLAR (2012-13), "Limitación del *ius prohibendi* ante el uso por tercero de su denominación social. Anotación a la STS de 6 de marzo de 2012", en Actas de Derecho Industrial, 33, págs. 530 y ss.

José Luis RÍO BARRO (1984-85), "Concepto, función económica y clases del rótulo del establecimiento", en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 10, págs. 133 y ss.

George RIPERT (1950), *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Bosch y Compañía Editores, Argentina.

Carmen RODRÍGUEZ PÉREZ (2010), "Comentario al art. 6. Denominación social", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extra 1 dedicado a la *Ley de Sociedades Profesionales. Comentarios notariales orientados a la práctica*, págs. 109 y ss.

Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2006), "El Registro Mercantil (II). Registro Mercantil Central. La Sección de Denominaciones. Otras funciones del Registro Mercantil", en aa.vv. (Uría-Menéndez), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, págs. 223 y ss.

José Ramón SALELLES CLIMENT (2002), "Facultades de exclusiva y reproche de deslealtad en la elección y utilización de denominaciones sociales" en *Actas de Derecho Industrial*, t. 23, págs. 241 y ss.

Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015), "Solicitud de denominación social v. marca notoria", disponible en http://jsanchezcalero.com

Carlos SALINAS ADELANTADO (1993), "Tres problemas de la Ley de Marcas de 1988: la relación marca y nombre comercial, el empleo de términos extranjeros, y el Secondary Meaning. Comentario a la STS de 15 de octubre de 1992", en *Revista General de Derecho*, núm. 583, págs. 3575 y ss.

Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2000), "Competencia desleal por solicitud de marca coincidente con la denominación social utilizada por la empresa en la que se venían prestando servicios laborales (Comentario a la STS de 22 de enero de 1999)", en *Revista General de Derecho*, núm. 670-671, págs. 9589 y ss.

Jesús SÁNCHEZ SILVA (2004), "Propiedad industrial. Derecho de Marcas. Obligación de modificar denominación social incursa en riesgo de confusión con un signo distintivo (marca y nombre comercial)", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, págs. 2572 y ss.

Antonio SOTO BISQUERT (1995), "El nombre de las sociedades mercantiles*", en Academia Sevillana del Notariado,* t. IX, págs. 265 *y ss.*

Aurea SUÑOL LUCEA (2019), "La reforma de la Ley de Marcas: aspectos sustantivos", disponible en https://almacendederecho.org

–(2018), "Afectación a las funciones de la marca", disponible en https://almacendederecho.org

–(2016.a), "El derecho de marca no es absoluto. Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2016", disponible en https://almacendederecho.org

–(2016.b), "Uso de un signo a título de marca. Nota a la Sentencia de Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015", disponible en https://almacendederecho.org

–(2012), El presupuesto de uso en el tráfico económico para productos o servicios en el actual Derecho de marcas: ¿Un paso más hacia la protección ilimitada de las marcas?", en *InDret*, 3/2012, págs. 1 y ss.

Anxo TATO PLAZA (1996), "Artículo 12. Limitación de los efectos de la marca comunitaria", en Aa.Vv. (coords. Casado Cerviño y Llobregat Hurtado), *Comentario a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria*, Universidad de Alicante, págs. 145 y ss.

Petra M. THOMAS PUIG (2019), "Marca de renombre y denominación social", en *La Ley*, 11689/2019, págs. 1 y ss.

Adriano VANZETTI (2018), "Imprenditore, azienda, impresa: La ditta come especifico segno distintivo", en *Rivista di Diritto Industriale*, III, págs. 99 y ss.

–(2013), *Codice della proprietà industriale*, Giuffré Editore, Milano.

– Adriano VANZETTI y Vicenzo DI CATALDO (2018), *Manuale di Diritto Industriale*, 8ª edizione, Giuffrè Editore, Milano.

Francisco VICENT CHULIÁ (1991), *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., Ed. J.M. Bosch, t, I, vol. 2, Barcelona.

José María VIGUERA RUBIO (1978), "En torno al nombre comercial de fantasía en el Derecho español", en Actas de Derecho Industrial, núm. 5, 1979, págs. 123 y ss.

Enrique VILLA VEGA (2003), "Comentario a las disposiciones adicionales 14ª, 17ª y 18ª de la Ley 17/2001", en aa.vv (dirs. Bercovitz y García-Cruces), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Ed. Aranzadi, Navarra, págs. 1227 y ss.

VV.AA. (2011), *Memento Dossier. Francis Lefebvre. Competencia Desleal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

Jesús SÁNCHEZ SILVA (2004), "Propiedad industrial. Derecho de Marcas. Obligación de modificar denominación social incursa en riesgo de confusión con un signo distintivo (marca y nombre comercial)", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, págs. 2572 y ss.

Antonio SOTO BISQUERT (1995), "El nombre de las sociedades mercantiles*", en Academia Sevillana del Notariado,* t. IX, págs. 265 *y ss.*

Aurea SUÑOL LUCEA (2019), "La reforma de la Ley de Marcas: aspectos sustantivos", disponible en https://almacende derecho.org

– (2018), "Afectación a las funciones de la marca", disponible en https://almacendederecho.org

– (2016.a), "El derecho de marca no es absoluto. Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2016", disponible en https://almacendederecho.org

– (2016.b), "Uso de un signo a título de marca. Nota a la Sentencia de Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015", disponible en https://almacendederecho.org

– (2012), El presupuesto de uso en el tráfico económico para productos o servicios en el actual Derecho de marcas: ¿Un paso más hacia la protección ilimitada de las marcas?", en *InDret*, 3/2012, págs. 1 y ss.

Anxo TATO PLAZA (1996), "Artículo 12. Limitación de los efectos de la marca comunitaria", en Aa.Vv. (coords. Casado Cerviño y Llobregat Hurtado), *Comentario a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria*, Universidad de Alicante, págs. 145 y ss.

Petra M. THOMAS PUIG (2019), "Marca de renombre y denominación social", en *La Ley*, 11689/2019, págs. 1 y ss.

Adriano VANZETTI (2018), "Imprenditore, azienda, impresa: La ditta come especifico segno distintivo", en *Rivista di Diritto Industriale*, III, págs. 99 y ss.

– (2013), *Codice della proprietà industriale*, Giuffré Editore, Milano.

– Adriano VANZETTI y Vicenzo DI CATALDO (2018), *Manuale di Diritto Industriale*, 8ª edizione, Giuffrè Editore, Milano.

Francisco VICENT CHULIÁ (1991), *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., Ed. J.M. Bosch, t, I, vol. 2, Barcelona.

Enrique VILLA VEGA (2003), "Comentario a las disposiciones adicionales 14ª, 17ª y 18ª de la Ley 17/2001", en AA.VV (dirs. BERCOVITZ y GARCÍA-CRUCES), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Ed. Aranzadi, Navarra, págs. 1227 y ss.

VV.AA. (2011), *Memento Dossier. Francis Lefebvre. Competencia Desleal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

InDret
2.2020

Rocío López San Luis
Universidad de Almería
-

El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

Sumario

-

La ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), ha cambiado el concepto de discapacidad en nuestro Ordenamiento Jurídico español. Se aboga por un sistema de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, como expresión máxima de su autonomía, libertad y dignidad, garantizando el ejercicio de su capacidad jurídica, derechos y libertades fundamentales.

Las medidas preventivas de autoprotección recogidas en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, son reflejo de la adaptación de nuestro Ordenamiento Jurídico al artículo 12 de la Convención, siendo la autocuratela una manifestación de poder donde los sujetos pueden expresar su voluntad, deseos y preferencias en torno al funcionamiento de una futura curatela.

Abstract

-

The ratification of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) has changed the concept of disability in our Spanish Legal System. It advocates a system of support for people with disabilities with regards to decision making, as a maximum expression of their autonomy, freedom and dignity, guaranteeing the exercise of their legal capacity, rights and fundamental freedoms.

The preventive measures of self-protection included in the Draft Law that reforms civil and procedural legislation in matters of disability, are a reflection of the adaptation of our Legal System to article 12 of the Convention, being the institution of self-curatorship as a manifestation of power where the disabled individuals can express their will, desires and references regarding the implementation of a future curatorship.

Title: *The principle of respect to the will of the person with disabilities in the New York Convention (2006), and its reflection in the draft bill that reforms the civil and procedural legislation on disability*

-

Palabras clave: Convención internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Medidas de apoyo, Curatela, Salvaguardas, Autocuratela
Keywords: *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Support measures, Curatorship, Safeguards, Self-Guardianship*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.03

-

InDret

2.2020

Recepción
21/12/2019
-
Aceptación
17/02/2020
-

Índice

-

1. Nuevo marco jurídico de la discapacidad tras la Convención de Nueva York, 2006

1.1. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de la persona con discapacidad. Respeto a la autonomía, preferencias y deseos de las personas con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006)

2. Antecedentes legislativos e incompatibilidad de la regulación vigente de la discapacidad con la Convención

3. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

3.1. Principios del Anteproyecto

4. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La autocuratela como principal medida preventiva o de autoprotección en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

4.1. La autocuratela como manifestación de autonomía en la toma de decisiones por parte del discapacitado en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

5. Conclusiones finales

6. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

-

1. Nuevo marco jurídico de la discapacidad tras la Convención de Nueva York, 2006*

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención), ha cambiado radicalmente la regulación de la discapacidad, introduciendo un nuevo concepto sobre la misma y contemplando medidas de no discriminación y de acción positiva, logrando la efectiva tutela de las personas con discapacidad, que se corresponda con los principios, valores y mandatos proclamados, y la necesidad de una toma de conciencia de la tutela del respeto a la persona humana con discapacidad y de su derecho a la libertad[1].

La Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo sobre las personas con discapacidad, complementario pero independiente de aquélla, mediante el cual todo Estado Parte reconoce la competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Convención[2]. Estos instrumentos, que han sido ratificados por España, suponen la asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos,[3] lo que determina la necesidad de disponer de herramientas jurídicas vinculantes, para que garanticen los derechos de estas personas[4].

La Convención considera la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el entorno. Por ello, la solución del problema pasa por la

---

* Autor de contacto: *Rocío López San Luis, rlopez@ual.es*.

[1] VIVAS (2012), p. 20.

[2] En la actualidad, la Convención cuenta con 117 ratificaciones y 161 signatario, y su Protocolo facultativo, con 92 ratificaciones y 92 signatarios. España ratificó ambos instrumentos internacionales sin formular reserva, mediante instrumentos de ratificación de fecha de 23 de noviembre de 2007, y publicados en los Boletines oficiales del Estado de 21 y 23 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008. Si bien, es preciso señalar que, algunos países como Francia y Holanda si hicieron reservas para asegurar las decisiones sustitutivas en el ámbito sanitario; y casos como Australia, Canadá y Noruega para asegurar la compatibilidad del sistema de apoyo con el de decisiones sustitutiva, entre otros.

[3] El reconocimiento de los Derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Universal de Derechos Humanos se ha efectuado, principalmente, a través de dos vías: mediante la interpretación de instrumentos de derechos humanos de carácter general en su aplicación específica a personas con discapacidad; mediante el establecimiento de instrumentos o cláusulas específicas referidos a los derechos de las personas con discapacidad (Declaración de Derechos Humanos, el Programa de Acción Mundial y las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. Sobre el tratamiento de la Discapacidad en el Sistema Universal de Derechos humanos es de suma importancia la monografía DE LORENZO (2018), *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, pp. 135-138.

[4] MAYOR (2006), "La Convención entronca así con el acervo jurídico internacional relativo a la protección de los derechos humanos surgidos en el ámbito de Naciones Unidas, tal y como se recuerda en su inicio. Al referir expresamente en su preámbulo que los Estados Parte "convienen" su texto "reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole" y "recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares"., p. 3.

realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida social. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, pasando a ser consideradas sujetos de derechos humanos[5].

El objetivo de la Convención no es otro que la promoción, defensa y garantía "*del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*", así como "*el respeto de su dignidad*"; cubriendo una serie de ámbitos fundamentales tales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y la rehabilitación, la participación en la vida política y la igualdad de no discriminación. De tal forma que, la principal misión de la Convención no es crear derechos nuevos sino garantizarlos, mediante la prohibición de toda discriminación a la persona discapacitada, a través de mecanismos de control y vigilancia que aseguren el compromiso de cumplimiento real y efectivo frente a las personas, familias y colectivos de representación y defensa de la persona con discapacidad[6].

La Convención adopta el "modelo social de discapacidad", que sustituye al "modelo médico o rehabilitador", actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho. En consecuencia, se veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y se establece el "apoyo o asistencia"[7]. Este modelo es integrador o social, promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo paralelamente la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad en la toma de sus propias decisiones[8].

---

[5] FÁBREGA (2016), pp. 291 y 293.

[6] DE LORENZO (2018) habla de principios rectores que son las piedras angulares de la Convención: "1. Reafirma el principio de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos fundamentales que el resto de la humanidad. 2. Reafirma los valores fundamentales que, como el resto de los seres humanos, también corresponden al colectivo, a saber: la igualdad, la dignidad, la libertad y la solidaridad. 3. Garantiza el ejercicio real y la igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, luchando contra cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad y promoviendo la igualdad de trato y la toma en consideración de la diferencia. 4. El instrumento de ratificación tendrá que enumerar y definir todos los derechos humanos, incluidos los derechos políticos y civiles fundamentales, y los derechos económicos, sociales y culturales. 5. Las legislaciones nacionales deben garantizar que las personas con discapacidad estén en condiciones de ejercer efectivamente sus derechos. Para ello, insiste en el establecimiento de un mecanismo eficaz de supervisión y la especificación de disposiciones de ejecución como aspectos decisivos para la aplicación eficaz de este instrumento internacional", p. 142.

[7] No obstante, tal y como señala ETXEBERRIA (2016), "El espíritu de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), reclama que cambiemos en nuestra relación con ellas el modelo paternalista de sustitución-representación por el modelo de "respeto" y el "modelo de apoyos" que potencien la capacidad de autonomía de la persona: este es el horizonte que, con todo, debe hacernos ignorar las situaciones en las que la sustitución se impone", p. 59. DE LORENZO (2018), pp. 27-38.

[8] En este sentido manifiesta FABREGA (2016), que "hoy nos encontramos ya de lleno ante un modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapacitado las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.", p. 292.

Las características más notables de la Convención son las siguientes[9]:

-*Propósito de la Convención:* De acuerdo con el párrafo primero del artículo 1: "el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente"; evitando la discriminación de las personas discapacitadas, entendiendo por discriminación "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo; incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de "ajustes razonables" (art. 2 Convención).

- *Personas con discapacidad:* Según el párrafo segundo del mismo precepto: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

-*Principios generales*: Están contenidos en el artículo 3: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; y, finalmente, h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a la identidad.

Todas estas características y afirmaciones son, a su vez, desarrolladas por el artículo 5 de la Convención al señalar que:

> *1. Los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la Ley en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.*
> *2. Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.*
> *3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables[10].*
> *4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

---

[9] GARCÍA PONS (2013), p.62

[10] FÁBREGA (2016), ""Por ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales", p. 292.

Como se verá con posterioridad, pese a que la Convención posee efectos legales plenos en nuestro país tras su ratificación, el derecho español se encuentra en proceso de adaptación a la misma, siendo el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, al que nos referiremos en parte, pues la Convención afecta a diversos aspectos jurídicos como al modelo social, la capacidad jurídica de las personas, y a determinados ámbitos como el de la salud, la investigación, la libertad, la seguridad, el trabajo o los servicios sociales.

No obstante, en nuestra doctrina no todos comparten la ideología de la Convención y el cambio de paradigma establecido por el Comité en la Observación General n.º 1, (2014)– "que el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones, a uno basado en el apoyo para tomarlas" (Introducción 3). Consideran que la ideología de los derechos humanos juega un papel central en la idea de universalidad, en el sentido de que los derechos humanos son universales en tanto corresponden a todos los sujetos que comparten la característica de ser humano. Si bien, señalan que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 existen dos tendencias en cuanto a la universalidad: La primera se refiere a la extensión de la misma, partiendo de la idea de "persona"; y, la segunda de las tendencias alude a su reducción o especificación añadiendo una característica adicional a la de ser humano, en concreto, las de ser mujer, niño y, ahora, persona con discapacidad. Por ello, la ruptura de la universalidad amplia de los derechos humanos se justifica alegando que la idea abstracta de persona no da cuenta de las propiedades existenciales del ser humano y que, de forma destacada, la infancia y el género determina una existencia diferente, con unos problemas especiales. Todo ello hace que contrarios a la ideología de Convención, como es el caso de ALEMANY, se cuestionen la analogía entre discapacidad y género mantenida por el Comité en la Observación n.º 1 (2014), cuando sostiene que "la negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad (Observación, 34). Este autor considera que las diversas situaciones que se engloban bajo el término discapacidad no pueden ser entendidas como un rasgo personal similar al género y la raza, y ello por diversos motivos: el primero, porque existe la misma homogeneidad entre los que comparten la propiedad de género o de raza y los que comparten la propiedad de discapacidad; y el segundo, porque los problemas especiales que se derivan de la condición de mujer o de una minoría racial son todos debidos a la discriminación y la especial protección que se requiere es la de la prohibición de discriminación, mientras que los problemas especiales que se derivan de la condición de persona con discapacidad son solo en parte debidos a la discriminación puesto que además, aparecen deficiencias en el sujeto, por lo que la especial protección que requiere no se debe centrar del mismo modo en la prohibición de discriminación. Considera que "constituye un grave error de la Convención, agudizado por la Observación, el tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, el haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales, abusando de la analogía con el género al tiempo que se ignora la tradicional analogía con la minoridad[11]. Con el propósito legítimo de luchar contra discriminaciones que, sin lugar a dudas, sufren de modo especial las personas con discapacidad,

[11] Sobre el paralelismo entre la situación del menor y la de las personas con discapacidad psíquica, se puede consultar MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), quién afirma que dicho paralelismo sirve "para desactivar la acusación injusta que se lanza contra los sistemas legales, como el español, que optan por limitar la capacidad de obrar de quienes están afectados pos una discapacidad psíquica", pp. 53-58.

se termina, sin embargo, desconsiderando totalmente los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad"[12].

De la misma opinión es DÍAZ ALABART, sostiene que los principios de la Convención tendrían que haberse matizado respecto de este colectivo tan heterogéneo como es el de los discapacitados; afirma que este instrumento está pensado, sobre todo, para las personas que no sufren grados de discapacidad extrema, siendo precisamente los más indefensos y los más necesitados de protección; precisa que "No se trata, obviamente, de que todas estas personas no se tomen en consideración a la hora de reconocerles su dignidad, y en la medida en que cada caso sea posible, respetar su propia autonomía para tomar decisiones, y siempre se busque preservar sus derechos, pero hay que ser profundamente realistas y no cerrar los ojos a la existencia de personas con graves enfermedades psíquicas y físicas, y en especial de personas ancianas con un gran nivel de dependencia, que prácticamente son incapaces siquiera de formar una voluntad, de manifestar sus gustos y deseos...".[13] Por ello, entiende que en estos casos tan graves no es real pensar que se les protege con un mero apoyo o salvaguarda, sino que para salvar su dignidad y el ejercicio de sus derechos necesitan una representación en toda regla, pues son las personas más vulnerables dentro de este colectivo.

Comparto plenamente la opinión de este sector doctrinal en el sentido de que los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones. No obstante, este trabajo no trata de cuestionar la Convención, que como todo texto legislativo podría ser objeto de mejora, sino de estudiar cómo el principio de la autonomía de la voluntad, atendiendo a los gustos y preferencias, recogido en el citado instrumento, así como las medidas de apoyo frente a las sustitutorias en la toma de decisiones, se están incorporando en nuestro Ordenamiento jurídico, en concreto en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad; y, todo ello sin perjuicio de señalar que, para estas situaciones extremas, nuestro legislador no descarta la curatela representativa.

1.1. El sistema de apoyos en la toma de decisiones de la persona con discapacidad. Respeto a la autonomía, preferencias y deseos de las personas con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006)

El artículo 12 de la Convención, desarrollado por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en la Observación General n.º 1 (2014), establece el principio de igual reconocimiento como persona ante la Ley. Reafirmando en su párrafo primero que la persona con discapacidad tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. A su vez, los párrafos 2 y 3 del mismo precepto señalan que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica e igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, y que adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que precisen en el ejercicio de su

[12] ALEMANY (2018), pp. 212-213.

[13] DIAZ ALABART (2018), pp. 167-168.

capacidad jurídica[14]. Por tanto, uno de los principales retos que supone la entrada en vigor de la Convención es la correcta adaptación de las legislaciones nacionales de los Estados Partes a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, considerando discriminatoria toda distinción que se base en la condición de discapacidad.

La Convención aboga por un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Los parámetros que guían la regulación están fundamentados en el modelo social, entendiendo que la discapacidad, como ya se ha afirmado, está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por la deficiencia- como sostiene el modelo médico- sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad, generando barreras que las excluyen y discriminan. Es por ello que, el artículo 12 de la Convención se centra en la eliminación de esas barreras y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a la situación y a las necesidades de las personas con discapacidad, señalando que se trata de analizar la situación de la persona estableciendo las medidas necesarias para que puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás[15].

Esta asunción del modelo social de la Convención tiene su proyección en el ámbito de la capacidad jurídica; por un lado, implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos; y, por otro, pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no sólo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos.

No obstante, en la Convención, tal y como sostiene MARTINEZ DE AGUIRRE, la expresión capacidad jurídica no tiene el significado técnico y más restringido que tiene esa misma expresión en nuestro Derecho (aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones), sino en el más amplio de capacidad ante el Derecho, o capacidad legal. La expresión capacidad jurídica, tal y como la emplea el artículo 12. 2.º (esto es, como capacidad legal) abarca tanto la dimensión estática, como la dinámica: es decir, la capacidad jurídica en sentido, técnico restringido, y la capacidad de obrar. Abarca ambas dimensiones sin confundirlas: no es que la

---

[14] De este modo, tal y como señala GARCÍA PONS (2013) "el precepto establece en su párrafo tercero el paradigma de los apoyos, piedra angular de todo el sistema, pues éstos pasan a representar el motivo central del cambio legislativo que se avecina: el tradicional modelo de la discapacidad, basado en la sustitución y en la menor capacidad deberá ser reemplazado por otro cuyo centro neurálgico resida en los apoyos a la capacidad de las personas y sus potencialidades", p. 66. VIVAS (2012), p. 25.

[15]Como hemos manifestado con anterioridad ALEMANY (2018) no comparte esta ideología antipaternalista de la Convención, afirmando que "El núcleo de la ideología del "modelo social de discapacidad" se basa en una gruesa exageración de un aspecto indebidamente desantendido: que la gravedad de una discapacidad para la persona que la sufre es, en muchas ocasiones, una función de las circunstancias sociales y personales de esa persona"; para este autor, "no supone lo mismo ser tetrapléjico en una sociedad rica que en otra pobre", por lo que "este componente social se exagera de forma hasta el punto de concluir que la propia discapacidad es siempre y ante todo el resultado de la discriminación, ya sea por acción o por omisión", p.215. Por ello, son interesantes las críticas que realiza a la Observación General n. º 14 (2014) en relación a la interpretación correcta del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que no cabe prescindir del concepto biomédico de enfermedad y discapacidad, sino que es necesario tratar de forma diferente a las discapacidades mentales de otras que no suelen conllevar incapacidad para tomar decisiones, p. 201.

capacidad de obrar haya quedado absorbida por la jurídica, con el significado que ambas expresiones tienen en nuestro Derecho, sino que hay una capacidad legal genérica, que incluye tanto la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas (capacidad jurídica), como posibilidad de ejercitar las relaciones de que se es titular (capacidad de obrar). Por ello, "no es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno solo –el de capacidad jurídica-; ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad. Las dos dimensiones (estática y dinámica) de la capacidad legal están claramente presentes en el artículo 12 de la Convención, y su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la compresión de las líneas básicas del Derecho de la persona y, en particular, de las reglas relativas a la discapacidad intelectual o mental" [16].

Por otra parte, la Convención entiende que la autonomía y la libertad para tomar decisiones están intrínsecamente vinculadas a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, apareciendo como principios generales en el artículo 3, e inspirando la regulación de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12. Estos principios requieren, en un sentido negativo, el respeto a la libre elección de planes de vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad, y, en un sentido positivo, reclamando que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas y puedan generar dificultades en la toma de decisiones, se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas entre los que, de nuevo, las medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden[17]. En tal sentido, la finalidad de la Convención es, por ende, la promoción y maximización de la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección. [18].

Así, el sistema de apoyos en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el ejercicio de sus derechos (art. 12.2 Convención). Esta garantía exige la presunción de capacidad a favor de las personas con discapacidad y, además, impide que la discapacidad o las deficiencias puedan por sí mismas constituir excepciones justificadas a esta presunción general de plena capacidad jurídica[19].

---

[16] MARTINEZ DE AGUIRRE (2014), pp. 75-76; En el mismo sentido, ALVENTOSA (2019), pp. 236-237; GARCÍA PONS (2013) realiza un exhaustivo análisis doctrinal sobre la pretendida unificación de la capacidad jurídica en la Convención, pp. 72-80. Y sobre la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica a la luz de la Observación General n.1 del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, CUENCA (2018), pp. 85-90.

[17] SOLÉ (2014), sobre el derecho a decidir sobre la propia salud de las personas con discapacidad en la Convención, pp. 20-25.

[18] CUENCA (2012), pp. 71 y 72. Esta idea no es compartida por ALEMANY (2014) manifestando que "la noción de dignidad reducida a la autonomía individual es el sustrato de la ideología neoliberal o libertaria que defiende el antipaternalismo radical. La incapacitación, decidida por un juez en un proceso con garantías, fundada en la incapacidad del sujeto para auto-gobernarse, con la única finalidad de proteger al incapaz es un atentado contra la dignidad personal, desde esta concepción libertaria, porque constituye una interferencia en la libertad", p. 218.

[19] Según CUENCA (2012), "Esta lectura de mínimos del artículo 12 exigiría ya importantes reformas de la legislación española. Desde una lectura de máximos, a modo de ver más ajustada al espíritu de la Convención, la capacidad jurídica se configuraría como un atributo universal que no se podrá limitar, si bien podría admitir diferentes modalidades de ejercicio. De acuerdo con esta interpretación la presunción de capacidad jurídica establecida por el artículo 12.2, se presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*, y el sistema de apoyo remplaza completamente al sistema de sustitución, lo que supone no ya la necesidad de reformar y

En el sistema de apoyos interviene un tercero, como sucede en los sistemas de sustitución, pero su papel es muy distinto, pues de lo que trata es de ayudar a decidir a la persona con discapacidad por sí misma; por eso, las medidas de apoyo tienen que ser entendidas como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad tratando de potenciar al máximo la posibilidad de ejercicio de los derechos por parte de la persona con discapacidad[20]. En tal sentido, el concepto de autonomía que se deduce de la Convención es mucho más amplio que el de la autonomía de la voluntad, como manifestación de poder de autorregulación que asiste a los particulares, relacionándose con la autonomía de la persona que sufre discapacidad para tomar sus propias decisiones, omnicomprensivo de otros conceptos como la independencia, la dignidad[21] o, en definitiva, el respeto al protagonismo de la persona[22].

No obstante, la Convención considera que los sistemas de apoyo deben estar salvaguardados evitando que se conviertan en mecanismos de sustitución. Tanto es así que se exige a los Estados Parte que proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y preferencia de la persona, que no haya conflictos de intereses, ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (art. 12.4). En definitiva, las ideas claves de la Convención son el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, apoyo al ejercicio de dicha autonomía, y salvaguardas legales para evitar los abusos[23].

Si bien, y como se ha manifestado con anterioridad, un sector doctrinal respecto de las discapacidades psíquicas más severas aconseja releer la Convención para adaptar sus previsiones a las características de dicha capacidad. Consideran que quien sufre este tipo de discapacidades no es capaz de tomar decisiones, ni razonables ni no razonables, porque carece de la mínima capacidad de conocimiento y voluntad y, por tanto, de capacidad de autogobierno; lo que exige habilitar un sistema que permita la toma de decisiones por ella, pues sino se hace el resultado será perjudicial para este tipo de discapacitado intelectual. Piensan que el tratamiento conjunto de las distintas discapacidades (físicas, sensoriales e

---

complementar los sistemas de incapacitación y de sustitución vigentes, sino que implica su total desmantelamiento. Esta visión reclamaría, por tanto, una reforma más profunda y radical de la legislación española", p. 74.

[20] CUENCA (2012) "No se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes y apoyos individualizados necesarios para que las personas puedan tomas sus propias decisiones", p. 73; y CUENCA (2018), p. 88. Para visualizar experiencias significativas que materializan el tránsito del modelo médico-rehabilitador hacia el modelo social dentro de las políticas sociales en España, se puede consultar MUYOR (2019), pp. 33-55.

[21] Así lo entiende doctrina autorizada como ETXEBERRIA (2016) cuando afirma que "…y de esta autonomía, a su vez, es una referencia clave en la consideración de nuestra dignidad: somos sujetos de dignidad porque tenemos capacidad de autonomía, dirá KANT (1973), y nos construimos de acuerdo con esa condición de dignidad cuando actuamos autónomamente. Por tanto, si alguien bloquea o reprime nuestra autonomía, está dañando el corazón de nuestra identidad moral. Y eso es, precisamente, lo que puede pasar cuando otro decide por nosotros", p. 56. También sobre autonomía, capacidad, voluntad en la vejez, ISOLINA (2018), pp. 59-64.

[22] AMUNÁTEGUI (2019), p. 34.

[23] MARTINEZ DE AGUIRRE (2014), p. 19.

intelectuales), puede ser contraproducente cuando se trata de establecer medidas u objetivos concretos, siendo necesario la adaptación de las previsiones de la Convención a las peculiaridades de la discapacidad psíquica[24].

Este sector doctrinal considera que un sistema de protección respecto de este tipo de discapacidades no atenta contra la dignidad humana, pues ésta corresponde a todos los discapacitados de igual manera que a quienes no lo son conforme a los arts. 10 CE y 3 a) Convención, al estar ligada a la naturaleza humana y no a la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito. Dicho de otra manera, no se es más digno por tener más capacidades, ni menos por carecer de ellas. Así pues, se hace necesaria, en virtud de una finalidad protectora, la intervención sobre la capacidad de obrar de las personas de afectadas por una discapacidad psíquica, a partir de un grado de afección de sus facultades cognitivas y volitivas que afectan de manera permanente a su autogobierno. Por todo ello, si una persona con discapacidad psíquica tiene afectada sus facultades cognitivas y volitivas hasta el punto de no poder formar su voluntad, se entiende razonable acordar la privación de su capacidad estableciendo mecanismos representativos que complemente legalmente lo que le falta de su capacidad de obrar y, por tanto, se tomen decisiones por él. En este sentido afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE que "El mecanismo representativo, por tanto, no es que sean compatible con la Convención, sino que cabe afirmar que viene exigido por la misma, en la medida que es el único que permite en estos casos que una persona con discapacidad psíquica que tiene severamente afectada su capacidad natural, pueda participar en la vida jurídica…"[25]

2. Antecedentes legislativos e incompatibilidad de la regulación vigente de la discapacidad con la Convención

En España, los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad vienen recogidos en diversos preceptos de la CE. Entre ellos se encuentra el artículo 14 estableciendo el principio de igualdad ante la Ley de todas las personas, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal; en segundo lugar, el artículo 9 cuando establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social; en tercer lugar, el artículo 10 en el que se establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social; y, finalmente, el artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordenando a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

---

[24] ÁLVAREZ *et al.* (2010), "Entre los aspectos cuestionables destacan la sobrevaloración de la sociedad como causa de la discapacidad y de la discriminación de las personas con discapacidad; la inadecuación del modelo social para el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad –v.gr. originados por deficiencias visuales, auditivas o físicas-; la falta de consideración de factores distintos de los sociales que también influyen en la determinación de la discapacidad, sí reconocidos por el modelo único; y una concepción estrecha y limitada de la justicia", p. 15

[25] MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), pp. 44-48, 84-88, 96.

Las primeras leyes que desarrollaron las citadas previsiones constitucionales fueron[26]: La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI); La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la norma tributaria (modificada a su vez por la Ley 1/2009, de 25 de marzo), que se publicó con la finalidad de proteger el patrimonio de las personas con discapacidad, vinculándolo a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introduciendo por primera vez en nuestro Derecho la figura de autotutela; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad universal (en adelante LIONDAU)[27], que vino a desarrollar la LISMI; y, finalmente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia[28].

Como se ha manifestado, la regulación de la discapacidad en España está en proceso de reforma o adaptación normativa a los citados instrumentos internacionales. La primera de las reformas se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dio lugar a la modificación de diversas leyes, entre las que se encuentran las citadas LISMI y LIONDAU. Asimismo, en este proceso de adecuación se ha producido una refundición de la legislación vigente en el ámbito de las personas con discapacidad, a través del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (que, a su vez, derogó las ya citadas LISMI y LIONDAU, así como la Ley 49/2007, dándose cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011). La última de las reformas se ha producido por virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, consecuencia de la evolución en la interpretación de la regulación de la incapacitación, reforzando la protección de las personas con discapacidad[29].

No obstante, la discapacidad pendiente adaptación a las previsiones del artículo 12 de la Convención, es la de aquellas personas con alteraciones intelectuales que inciden en la

---

[26] Sobre los antecedentes legislativos se puede consultar VIVAS (2012), p. 25. PAU (2018), p. 5. Y el Dictamen del Pleno del Consejo Económico y Social, en su sesión ordinaria del día 24 de octubre de 2018, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

[27] Esta Ley preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que finalmente se implementó con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

[28] Esta Ley introduce un nuevo concepto de cuidados al socializar las atenciones personales del ámbito privado llevándolas a la esfera pública. Su modelo protector establece el derecho social subjetivo al nuevo sistema y garantiza un conjunto de servicios y prestaciones sociales fundamentados, entre otros, en los principios de universalidad en el acceso a todos los ciudadanos, equidad en la valoración de las necesidades de las personas para garantizar la igualdad real y la calidad y accesibilidad de los servicios. "El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía" (Exposición de Motivos). Sobre el derecho de ciudadanía del enfermo mental, el sistema de autonomía y la atención a la dependencia, PULIDO (2010), pp. 362-365.

[29] Esta Ley señala en su Preámbulo que para adaptarse a las normas que establece la Convención se debe modificar la terminología empleada para designar a las personas incapacitadas "en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente" (apartado III, párrafo 5.º); también incorporó medidas que dan mayor amparo a las personas discapacitadas y a las personas con la capacidad modificada judicialmente. En ella, además, se establece como principio prioritario que, en los expedientes de jurisdicción voluntaria, en las comparecencias en juicio o para nombramiento de defensor judicial y en la protección de su patrimonio, prime el interés superior de la persona con capacidad judicialmente modificada (arts. 26 y 27).

formación de una voluntad plenamente consciente y libre. Por ello, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad viene recomendando a España que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela, y que tome medidas para adoptar leyes por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la ayuda o apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas[30].

Así, el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación de reforma del CC, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil, y la Ley de Jurisdicción voluntaria en materia de Discapacidad (en adelante Anteproyecto) viene a completar la adaptación del Ordenamiento jurídico español a la Convención en lo relativo a la discapacidad intelectual, tratando de resolver la situación de incoherencia normativa[31]. Y digo incoherencia que no incompatibilidad, pues la compatibilidad de las normas de incapacitación en el CC y la LEC con la misma ha sido puesta de manifiesto por el TS en la Sentencia del Pleno, de 29 de abril de 2009[32] declarando que el sistema de incapacitación graduable que adoptó en la práctica el Derecho español desde la emblemática sentencia del Alto tribunal de 4 de marzo de 1947, y que fue acogida en la reforma del Código civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, no es incompatible con las disposiciones de la Convención[33]. Sin embargo, expuso la necesidad de adaptar nuestro Código a la Convención, sugiriendo la curatela como la más conveniente[34].

---

[30] La Ley 26/2011, en su disposición adicional séptima, sobre la adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, fijaba el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para la remisión a las Cortes Generales por parte del Gobierno de un proyecto de ley de adaptación normativa del Ordenamiento jurídico en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

[31] PAU (2018), "...la tendencia a la marginación a las personas con discapacidad intelectual persiste. La LEC de 1881, y hoy el artículo 757 LEC 2000, decían y siguen diciendo, que cualquier persona está *facultada* para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación y las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal", p. 7.

[32] ALVENTOSA (2019), "En el caso que contempló dicha sentencia, el TS ha tenido la oportunidad de exponer las pautas de interpretación de las normas legales sobre incapacitación y la tutela a la luz de la CE y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, subrayando que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de personas sólo puede adoptarse como un sistema de protección, y que para ello hay que leer conjuntamente la CE, y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14, y 49 CE. En el caso se cuestionó si los arts. 199 y 200 del CC son acordes con la Convención de Nueva York, señalando el TS que "en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad" (FD. 5.4)". p. 235. Sobre la interpretación de la Convención por el TS de la STS 282/2009, de 29 de abril, se puede consultar ALEMANY (2018), pp. 206-210. BERROCAL (2014), pp. 5-6. MUNAR (2018), pp. 127-128. MANGAS (2019), pp. 129-150. SANCHO (2018), pp. 20-23.

[33] MARTINEZ DE AGUIRRE (2014) afirma que "la forma de organizar nuestro sistema jurídico-privado la situación de las personas afectadas por una discapacidad intelectual o mental es compatible con las previsiones de la CDPD, cuyo artículo 12.º o debe conducir necesariamente a descartar la adaptación de la capacidad legal de obrar a la real ni tampoco el establecimiento de mecanismos legales de representación que permitan, cuando sea necesario, actuar en nombre de quien, por su discapacidad psíquica, no puede hacerlo por sí mismo: es decir, en la terminología vigente en nuestro Derecho, no debe conducir a descartar la incapacitación y la tutela, tal y como los configuran nuestras leyes. En muchas ocasiones éste será el nivel de apoyo ajustado y proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad psíquica...", pp. 99-100.

[34] No es de la misma opinión ÁLVAREZ LATA *et al* (2010), cuando señala que "La Convención y las demandas de la persona con discapacidad van más allá de lo afirmado en la resolución: no necesitan meramente protección, sino medidas jurídicas que no los inhabilite y que propicien el ejercicio autónomo de sus derechos en la mayor medida posible. La regulación legal y la argumentación teórica que sustentan el régimen jurídico actual podrían considerarse una respuesta aceptable a las necesidades de la persona con discapacidad, pero incompleta, pues no incorporan íntegramente el modelo articulado en la Convención...", p. 47.

Es preciso señalar que desde la STS de 29 de abril de 2009 se inició una nueva etapa jurisprudencial en la que se afirmaba que la incapacitación debe articularse como un "traje a medida" en función de la situación de cada persona, y que la curatela debe ser entendida como una figura de asistencia y de régimen preferente a la sustitución que supone la tutela; si bien, esta nueva doctrina jurisprudencial, actualmente, no es seguida de forma mayoritaria por los tribunales de instancias, admitiendo la limitación total de la capacidad de obrar y a la sustitución absoluta de la voluntad, recurriendo a la tutela para la mejor protección de la persona con discapacidad[35].

Por todo ello, el Anteproyecto se hace eco de la exigencia derivada de artículo 12.3 de la Convención, así como la Observación General n.º 1 (2014), que impone a los Estados Parte la obligación de asegurar a las personas con discapacidad intelectual el acceso al apoyo que precisen, asumiendo que cada persona necesita de un apoyo específico; siendo, por tanto, la regulación del apoyo, en su especificidad, el objeto central de la nueva Ley.

3. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

Centrándonos en la regulación establecida en el Anteproyecto, señalar que uno de los ejes de la reforma es la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, quedando su función limitada a los "menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad", (art. 199 CC del APL), pues, la institución tutelar, tal y como está regulada en el Código civil, tiene funciones preferentemente asistenciales y representativas, siendo difícilmente aplicable a las personas con discapacidad, según los principios inspiradores de la Convención y la Observación General n.º 1 (2014) en las que se aboga por el rechazo a las medidas sustitutivas y representativas sobre las personas con discapacidad.

Si bien, aunque se suprime la referencia a la tutela, su contenido queda absorbido en la curatela, al fusionarse las dos instituciones tutelares (tutela y curatela) en uno solo y optándose por la denominación de la curatela, que se refiere más al cuidado que a la sustitución representativa, sin perjuicio de que en casos específicos pueda abarcar esta última pues, como se ha afirmado, el Anteproyecto pone el acento en la constitución de apoyos[36].

La regulación de la discapacidad en el Anteproyecto supone un cambio normativo profundo. No se trata de un mero cambio terminológico que relegue los términos tradicionales de "incapacidad" e "incapacitación" por otros más precisos y respetuosos con la Convención, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, en el sentido de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones.

En el Anteproyecto no se hace alusión, en ningún momento, a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se habla de capacidad en el sentido de que ésta no puede ser objeto de limitación ni restricción de ninguna especie. En consecuencia, no es que ya no

[35] CUENCA (2018), p. 84

[36] SANCHO (2018), "El legislador ha sido responsable al permitir la curatela representativa para casos extremos en que la discapacidad priva totalmente a la persona que la padece de la posibilidad de conocer y decidir, y no de forma temporal sino prolongada en el tiempo. Es la medida más extrema, pero las circunstancias que concurren alrededor de esa persona pueden aconsejar acudir a esta medida, para asegurar su cuidado y proteger sus intereses patrimoniales", p. 24

puedan utilizarse términos como los de incapacitado o proceso de incapacitación, sino que resultaría igualmente incorrecto hablar de procesos de modificación de la capacidad de obrar o de capacidad modificada judicialmente. El planteamiento es claro: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar[37].

El Anteproyecto tampoco define la discapacidad, si bien la mayor parte de los problemas que trata de solventar, en la parte relativa a esta materia, afecta a las personas adultas con dificultades de comprender y adoptar decisiones, incluyendo también la compresión de sus consecuencias en todas las facetas de la vida.[38] Así, el Anteproyecto engloba las discapacidades intelectuales, como los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas; también contiene algunas disposiciones específicas para otro tipo de discapacidades, como las sensoriales o físicas que implican necesidades concretas de apoyo en la emisión de determinadas declaraciones de voluntad.

Es por ello que, teniendo en cuenta los diferentes tipos de discapacidades a las que hace referencia el Anteproyecto, el sistema de apoyos debería comprender todo tipo de actuaciones que irían desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras, e incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, que pueden tener repercusión tanto a la esfera personal como en la patrimonial[39]. Y, como sostiene un sector doctrinal, el procedimiento de determinación de apoyos debe alejarse del esquema tradicional de "banquillo", en el que la persona con discapacidad se sienta frente al juez como un acusado o un demandado, y orientarlo hacia un sistema de colaboración interprofesional o de mesa redonda, con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo idóneas[40].

3.1. Principios del Anteproyecto

Antes de entrar en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad previstas en el Anteproyecto y, en concreto, en la autocuratela como medida preventiva o de autoprotección, conviene aludir a los principios básicos que nos vienen marcados por la propia Convención.

El primero de ellos sería el de *subsidiariedad,* entendido como que sólo debe adoptarse una medida de protección cuando los intereses de la persona no hayan quedado resueltos por otros medios, que pueden ser de tipo familiar, al contar la persona con discapacidad de un entorno

---

[37] Este principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro Ordenamiento, según PARRA LUCAN, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. STS, 1.ª, 15.3.2018 (Ar.146; M.P: M.ª Ángeles Parra Lucan).

[38] Si bien, la Ley 41/2003, señala en el artículo 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Por su parte, el Texto Refundido del RD-Legislativo 1/2003 dispone en su artículo 2.a) que la discapacidad "es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impida su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás".

[39] De sumo interés es el artículo de ETXEBERRIA (2016) en el que aporta unos criterios específicos y orientaciones concretas para realizar éticamente decisiones sustitutorias de la voluntad de otro, que son aplicados al colectivo de personas con discapacidad. Asimismo, aborda la tensión ética existente entre las decisiones de representación/sustitución de las personas y el obligado respeto a su autonomía, pp. 55-66.

[40] PAU (2018), p. 26

protector adecuado, o acudiendo a normas de nuestro Ordenamiento jurídico, sin necesidad de judicializar todo lo que acontece a una persona con discapacidad.

El segundo de los principios es el *de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.* El Anteproyecto establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, tanto en el establecimiento del apoyo que precise (art. 251 CC del APL)[41] como en la determinación de su contenido y alcance (art. 248 CC del APL último párrafo)[42]. Además, la voluntad, deseos y preferencias de la persona aparecen también como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa. Sirva de ejemplo el último párrafo del artículo 274 del Anteproyecto "Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar sus deseos y preferencias".

En cambio, no se reconoce en ningún lugar del texto prelegislativo que los encargados de apoyo tengan que actuar conforme al mejor interés (o interés superior) de la persona con discapacidad. Al respecto, destacamos que la cuestión sobre si el mejor interés debe o no ser un principio de actuación en relación a las personas con discapacidad es un tema controvertido en el que discrepan los intérpretes de la Convención. En este punto, la opción del Anteproyecto se sitúa en la línea indicada por la citada Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN), de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés[43]. Este planteamiento parte de la premisa de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás[44].

Por tanto, *el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona*, ostenta una importancia esencial y sustituye al criterio *del mejor interés* como parámetro objetivo desde el que decidir

---

[41] "Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bien estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante".

[42] "Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro".

[43] En relación con el modelo de apoyo, éste debe entenderse en el sentido siguiente: el apoyo a las personas discapacitadas "nunca debe consistir en decidir por ellas (Observación 17); incluso "en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones" (Observación 18); "algunas personas con discapacidad (...) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3 (Observación 19); "el principio del "interés superior" no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos"; "el paradigma de la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior". (Observación, 21).

[44] GARCIA RUBIO (2018), pp. 32 y 33.

por la persona con discapacidad. Así, en el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo, la voluntad y preferencias siempre deben ser respetadas. Es más, y en los casos excepcionales de apoyos intensos que impliquen decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de reconstruir, la voluntad y preferencias de la persona.[45]. Por tanto, el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y cambiar el criterio del "interés superior", por el de "voluntad y preferencia de la persona", bien expresada por el propio sujeto cuando eso sea posible, bien buscando la "mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias". Y sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará en juego el criterio del interés[46].

Cosa distinta de la preferencia de la voluntad sobre el interés es la supremacía del interés de la persona con discapacidad, que como sabemos es uno de los principios que presiden en la Convención. Así, si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, nuestro Tribunal Supremo ha considerado que tendrá primacía o preferencia el primero al encontrarse por encima de cualquier otro[47].

Otros principios del Anteproyecto que merecen ser destacados son los llamados *de necesidad y proporcionalidad*. Se establece que las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro[48]. Así, de la interpretación de estos principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán excederse de lo que precise la persona con discapacidad (*principio de necesidad)*, pero que han de ser suficientes para que con ese apoyo puedan ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (*principio de*

---

[45] CUENCA (2012), "las referencias al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, antes destacada, ostenta una importancia esencial y sustituye el criterio del mejor interés, como parámetro objetivo desde el que decidir por la persona incapacitada. Así, el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo la voluntad, y preferencias "subjetivas" siempre deben ser respetadas. En casos excepcionales de apoyos intensos que pueden llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de "reconstruir" la voluntad y las preferencias de la persona", pp. 76 y 77. En el mismo sentido, AMUNÁTEGUI (2019) afirma que "Si puede formular su voluntad, mediante una información adecuada y adaptada a su situación, la persona debe ser apoyada para ello; si no puede, lo que debe ser excepcional, se tenderá a reconstruir su trayectoria vital, sus valores o sus preferencias, forma de apoyo que se revela especialmente importante en el caso de los mayores. Sólo cuando no existan datos para poder valorar la voluntad o preferencias del sujeto podrá ser sustituido en sus decisiones como último y residual criterio", p. 39.

[46] AMUMÁTEGUI (2019), p. 40. En el mismo sentido, GARCIA PONS "el concepto de mayor interés de la persona con discapacidad, consiste básicamente y finalmente en promover y garantizar sus derechos fundamentales como persona física y fomentar el libre desarrollo de su personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que la persona discapacitada actúe por sí misma cuando tenga capacidad de obrar suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente a las instituciones de representación legal (patria potestad-tutela) o complemento de capacidad (curatela) cuando posea dicha capacidad", citado por MAYOR (2011), p. 11.

[47] PAU (2018), "si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. El Tribunal Supremo, aplicando ese criterio, ha considerado "interés más relevante". (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita de la de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015), o "interés superior", "interés que se encuentra por encima de cualquier otro" (S. 3925/2017, de 8 de noviembre) el de la persona con discapacidad (en esos casos se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda)", p. 10.

[48] Art. 248 del Anteproyecto: "Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Toda ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad".

proporcionalidad)[49]. Se parte de una concepción del apoyo como "un traje a medida", o mejor aún, como "tantos trajes a medidas sean necesarios"[50].

4. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La autocuratela como principal medida preventiva o de autoprotección en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

La rigidez de los sistemas de protección previstos en el Código civil –en concreto la tutela- y la insuficiencia del esquema institucional, ha provocado la introducción de un nuevo modelo de protección dotado de mayor flexibilidad, a través de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, procurando al interesado establecer previsiones que se ajusten a sus necesidades y a las circunstancias de su entorno[51]. En el Derecho español estos principios se han ido concretando en la regulación de la autotutela (art. 223 CC) y de los poderes preventivos o de autoprotección (art. 1732 CC), que responden, de manera diferente, a esta necesidad de flexibilizar el sistema de protección de personas con discapacidad pero que, como ya se ha manifestado, ha sido deficiente su regulación[52].

En el artículo 248. 2 del CC según el nuevo Título XI del Libro I del Anteproyecto, se establece que "las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad" [53]. Diferencia claramente dos tipos de medidas de apoyo: por un lado, las anticipatorias o preventivas basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado e*x ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo y, por otro, las medidas reactivas *ex post*, porque nada ha previsto al

---

[49] MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014), considera que "aplicado esto estrictamente a la CE quiere decir que los principios de protección de las personas con discapacidad (art. 49), y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10) se complementan y a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar la regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado psíquico", p. 50

[50] Término que acuñó la STS 282/2009, del 29 de abril.

[51] PEREÑA (2007), en relación a la tutela de autoridad, manifiesta que "la experiencia ha demostrado que este esquema resulta demasiado rígido y puede atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque impide a una persona organizar su propia asistencia, personal, patrimonial, cuando es plenamente capaz, mediante instrumentos como la autotutela, o instar su propia incapacitación, cuando detecte los primeros síntomas de una enfermedad que, especialmente en las edades más avanzadas, suele desembocar en una pérdida de la capacidad de autogobierno", p. 2.

[52] Ambas figuras fueron introducidas en el Código civil por la reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil. Sobre el origen de la regulación se puede consultar PARRA (2006), pp. 96-106; GARCIA CANO (2006), pp. 117-129.

[53] MAGARIÑOS (2018), considera que el legislador es reacio a describir claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea el problema de la diferenciación de las distintas situaciones en las que se puede encontrar una persona con discapacidad, según la causa e intensidad de la misma. Y que la redacción del precepto, pese a la amplitud que anuncia en la Exposición de Motivos, parece acoger sólo o principalmente la discapacidad psíquica, al referirse de modo exclusivo a personas que requieran medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. A su juicio, convendría describir las causas de necesidad de apoyo, como lo hacen otros ordenamientos, citando entre ellos el Código francés en su artículo 425, p. 202.

respecto el interesado[54]. Por consiguiente, y puesto que se parte del respeto a la autoprevisión y autoprotección de la persona, las segundas (las institucionales) son en todo caso subsidiarias de las primeras, siendo postulados básicos de la nueva comprensión de la discapacidad[55], además de respetar la autonomía, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos, como exige la Convención[56]. Dando reflejo de lo manifestado la Exposición de Motivos del Anteproyecto cuando afirma que "*La nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establezcan externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo".*

Centrándonos en las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, el Anteproyecto establece que son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. (249 CC del APL)[57], conviviendo con otras medidas como son la autocuratela (269 a 272 CC del APL), los poderes y mandatos preventivos y las medidas contenidas en documentos de voluntades anticipadas (arts. 254 a 260 CC del APL), que van a tener preferencias respecto a las primeras[58].

Este tipo de medidas recogidas en el Anteproyecto responden a la preocupación existente por el creciente número de diagnósticos, más o menos tempranos, que anticipan enfermedades neurodegenerativas en un estado más o menos incipiente; lo que permite a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación a sus necesidades de apoyo en el futuro. No obstante, estas medidas no solo están pensadas para este tipo de situaciones, sino que cada vez son más frecuentes en personas, dada la mayor longevidad de la población y la mayor presencia de demencias relacionadas con la vejez[59], que pueden tener dificultades en la toma de

---

[54] GARCIA RUBIO (2018), p. 34.

[55] LÓPEZ AZCONA (2015) afirma que "El respeto a la voluntad anticipada se considera exposición del respeto a la dignidad y a la libertad del individuo, y lo cierto es que tanto en España como en países de nuestro entorno está inspirada la protección de adultos", p. 315. GARCIA RUBIO (2018), p. 35.

[56] MAGARIÑOS (2018), señala que "con esta preferencia a las medidas preventivas, establecidas por el interesado y, también, a la guarda de hecho, se pretende revitalizar y potenciar tales métodos de apoyo, institucionalizándolos como medidas suficientes y adecuadas. Quizá de modo excesivo, y con un cierto temor a poca confianza en la efectividad de la intervención judicial de modo compatible con los principios de la Convención", p. 200.

[57] MAGARIÑOS (2018), manifiesta que en el artículo 249 en relación a las medidas de apoyo, "se echa de menos la regulación de la "asistencia", como institución diferenciada de la curatela y del defensor judicial. Como una medida a utilizar no sólo en los casos de la vieja y poco "considerada" prodigalidad, sino en los variados y múltiples casos en los que no es necesaria la denominada con la antigua y poco clarificadora palabra curatela (…), con la "asistencia institucional", se trataría de acoger la voluntad de decidir y elegir la ayuda de un asistente por la persona que la necesita y que se encuentra con capacidad para hacerlo en ese momento, con la garantía y la rigurosidad que imprime un proceso sencillo de jurisdicción voluntaria y el control judicial", p. 203.

[58] Con la regulación de los poderes preventivos y otras directivas anticipadas se cumplen los dictados de la Recomendación 11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. En este documento europeo se recomienda expresamente a los gobiernos que promuevan la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, enfatizando además la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección; todo ello es perfectamente concorde con las exigencias de la Convención y, en particular, con lo establecido en su artículo 12, precepto inspirador del Anteproyecto.

[59] La doctrina entiende que hay una correlación entre discapacidad y dependencia, y así lo advierte la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, cuando señala que los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación dependencia; por un lado, por el importante crecimiento de la población de más de 65 años y, por otro, por el aumento del colectivo con edad superior a 80 años (fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento"), lo que conforma una nueva realidad de la población mayor que conlleva dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. Además, a esta

decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero que poseen discernimiento suficiente para decidir quién quiere que le ayude a la hora de adoptarlas, incluso quién, llegado el caso, ha de tomarlas por él o ella. Asimismo, estas medidas de apoyo pueden ser convenientes para personas jóvenes con condiciones volitivas y cognitivas intactas, pero que por su profesión o actividad desean hacer previsiones sobre futuros accidentes o enfermedades relacionadas con su ejercicio[60].

No procede en este trabajo analizar la regulación de los mandatos y poderes preventivos, pues escapa del objeto de estudio. Si bien, la diferencia entre estas medidas radica, principalmente, en que los poderes o mandatos preventivos son declaraciones de voluntad que van a desplegar todos sus efectos como un negocio jurídico, sin más que acreditar el hecho que los motiva, desempeñando su eficacia al margen de la incapacitación; mientras que la declaración de voluntad de la autocuratela, como veremos, es una propuesta dirigida a la autoridad judicial para que constituya la curatela, nombre o excluya a determinada persona como curador, determine su régimen orgánico y funcional, conforme a la propuesta vinculante del declarante (arts. 269.1.º y 3, CC del APL)[61]. No obstante, pese a que la declaración de voluntad de la autocuratela tiene carácter vinculante para la autoridad judicial, corresponde a ésta el nombramiento del curador, calificar la aptitud del propuesto e incluso prescindir total o parcialmente de las mismas (propuestas) de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela, o por Ministerio Fiscal, mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o la alteración de las causas expresadas por el mismo o que presumiblemente no tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 270 CC del APL).

4.1. La autocuratela como manifestación de autonomía en la toma de decisiones por parte del discapacitado en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

El Anteproyecto dedica a esta medida de autoprotección preventiva la subsección 1.º con la rúbrica "de la autocuratela", dentro de la sección 2.ª "de la autocuratela y nombramiento del curador", situada en el Capítulo IV "de la Curatela", en el Título XI del Libro I del Código civil que se titula "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad" (arts. 269 a 272 CC, del APL).

Atendiendo a la regulación del Anteproyecto, la autocuratela se define por un lado como una manifestación de voluntad, en virtud de la cual el potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (art. 269 CC del APL) o habilitado de edad (art. 244 CC del APL), en previsión de que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (art. 248

---

realidad debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. ALVENTOSA (2019), p. 230.

[60] ALVENTOSA (2019), "…hay que poner de relieve muy significativamente que tanto la discapacidad, la ancianidad, o la enfermedad, así como las situaciones de dependencia a que pueden dar lugar, no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacitación de las personas que se encuentran en dichas situaciones. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar la imposibilidad de autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacitación", p. 233.

[61] Sobre la constitución y tipos de medidas preventivas en el Anteproyecto, véase GARCÍA RUBIO (2018), pp. 37-58.

CC del APL), que requiera apoyo continuado (art. 249 del CC del APL) propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo de su personalidad y condiciones de igualdad (art. 248 CC del APL); y, por otro lado, como una situación jurídica de salvaguarda (art. 12 Convención) o medida institucional de apoyo, en la terminología del Anteproyecto, en el sentido de que tal declaración de voluntad vincula a la autoridad judicial y genera una situación jurídica de conformidad con la extensión y límites de la resolución judicial que constituya la curatela, regulada por las disposiciones del declarante, por lo declarado en la resolución judicial y lo establecido por la ley. Por tanto, la autocuratela es una medida de autoprotección institucional, dentro de la curatela, pero que está dotada de regulación propia, fundamentada en el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo.[62]

En relación a la persona beneficiaria de esta medida de autoprotección, podrá ser cualquier persona física, mayor de edad o emancipada por quienes tengan la patria potestad, que requiere la edad, al menos de dieciséis años cumplidos y que la consienta (240 CC del APL), o que teniendo dieciséis años cumplidos vivera independientemente de sus progenitores con el consentimiento de éstos (art, 242 CC del APL), o por concesión de la autoridad judicial (243 APL). Habría que añadir también el menor habilitado de mayoría de edad (art. 244 del CC).

En cuanto a la aptitud que se exige para la realización de esta declaración de voluntad, es interesante la aportación realizada por AMUNÁTEGUI[63], según la cual, la letra del Código habla de "capacidad de obrar suficiente", utilizando la misma terminología que el Derecho aragonés (art. 108.1 CDF) y en la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[64], mientras que en el Derecho catalán se exige "plena capacidad de obrar" (art. 222-4 CCCat). De manera diferente, el Anteproyecto alude a mayores o emancipados que por futuras circunstancias que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica, decidan prever medidas de apoyo, lo que presupone que el sujeto no presenta todavía las mencionadas circunstancias, dando por sentado que proyecta una protección que no necesita todavía. Así, se puede afirmar que, el texto proyectado intenta eludir cualquier alusión a la presencia de capacidad suficiente, adecuada, o expresión similar, evitando toda referencia a la posibilidad de otorgar este tipo de documentos con apoyo. Dicho de otra manera, que las escrituras de autocuratela quedarían vedadas a quienes ya necesitan de una medida de apoyo al momento del otorgamiento, reforzando el argumento la Exposición de Motivos del Anteproyecto y el desarrollo posterior del articulado con la utilización de expresiones como "*absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo",* o en el artículo 251 "*concurrencia futura de circunstancias que pudieran dificultarle el ejercicio de su capacidad"...,* o finalmente, el art. 269, "*en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 248...";* si bien, la citada autora considera que el debate todavía está abierto, en el sentido de considerar la posibilidad del otorgamiento de estos documentos de autoprotección con medidas de apoyo.

---

[62] ESCARTIN (2018), p. 87. GARCIA RUBIO (2018) también la define como "medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que nombra a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación; se trata, en definitiva, de autodeterminar el apoyo tomando referencia el marco institucional", p. 44.

[63] AMUNÁTEGUI (2019), pp. 75-76.

[64] http://www.derechocivil.net/esp/libros.php

En cuanto al carácter de la declaración de la persona que en un futuro se va a ver necesitada de apoyo, manifestar que *es personalísima*. Podría surgir la duda al permitir el Anteproyecto la forma de escritura pública; Ahora bien, teniendo en cuenta el proyectado artículo 272 del CC se da respuesta a esta cuestión, cuando se especifica que "*se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección de curador entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada*"[65]. En cuanto a la forma de la declaración de voluntad o propuesta del eventual beneficiario el artículo 269. 1º CC del APL exige la forma de escritura pública; comunicándose de oficio al Registro Civil. Sobre esta exigencia documental, manifestar que es adecuada para la seguridad jurídica preventiva en lo referente a los títulos jurídicos de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, cumpliendo con los principios constitucionales y los establecidos por la Convención (art. 12)[66].

La declaración se realiza en previsión de que se produzcan algunas de las circunstancias del artículo 248 CC del APL, "*para las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad"*, y el artículo 249 CC del APL dice "*la curatela se aplica a quienes precisen el apoyo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad".*

Sobre el contenido de la declaración de voluntad, decir que consiste en "*proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (...), podrá igualmente establecer varias disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo*". (art. 269. 1.º y 2.º CC del APL). Ahora bien, es preciso señalar que "*una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo*". (art. 269. 3.º CC, del APL).

Podríamos preguntarnos si conforme al artículo 269 CC propuesto debe prevalecer, en todo o parte, la voluntad del declarante, sobre las normas que, con carácter general, establece la ley para el curador, quedando la normativa general como supletoria y, por tanto, de carácter

---

[65] ESCARTÍN (2018), considera que "no estaría de más que el artículo 272 comenzara con la frase "las declaraciones a que se refieren los artículos anteriores deberán ser emitidas con carácter personalísimo por los propios legitimados. No obstante, (...). Dado que el carácter personalísimo de una declaración tiene naturaleza excepcional, es prudente que el legislador evite posibles litigios", p. 92.

[66] GARCIA RUBIO (2018), es de la opinión de que la exigencia de escritura pública debería ser repensada. Considera que es una fuerte limitación al modo de expresar la genuina voluntad de una persona para definir sus eventuales apoyos futuros, limitación que puede estar injustificada, sobre todo en los casos de los apoyos más débiles. Además, piensa que, si tenemos en cuenta la situación actual en nuestro Ordenamiento, cabe recordar que, por lo que atañe a las medidas previstas en el ámbito de la salud, ni la aludida Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ni en las paralelas autonómicas que inciden en la misma cuestión, imponen para su establecimiento la escritura pública". Pues bien, según esta autora, "si el proyectado artículo 251 CC pretende ser el paraguas que cobije todo tipo de previsiones anticipadas a la propia discapacidad para la toma decisiones, dicho precepto debería, o bien eliminar el requisito de escritura pública, o bien hacer referencia, como excepción, a los casos en los que las leyes especiales no la exijan", p. 46.

dispositivo. Siguiendo doctrina autorizada sobre esta cuestión, debería prevalecer la voluntad del declarante en la autocuratela, sobre el régimen general de la curatela, como principio; con excepciones precisas y concretas que deberán constar en la resolución de la autoridad judicial. Y todo ello teniendo en cuenta las siguientes premisas: 1ª. El texto del artículo 12. 4.º de la Convención "esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona…"; 2ª. Que el artículo 269 propuesto es puro desarrollo de tal criterio. 3ª. Que el artículo 269 concuerda con la regulación de la curatela; así existe concordancia en la designación de la persona o personas físicas o jurídicas (art. 274 CC del APL)[67], y en la prioridad de excluir a personas determinadas (art. 273. 1.º CC del APL)[68], con el 280 en materia de cuidado de la persona, de contacto personal, desarrollo del proceso de toma de decisiones[69]; finalmente, se produce concordancia con el artículo 279 en materia de retribución[70] y con el artículo 283 relativo a la formación de inventario[71].

Por tanto, se aceptarían aquéllas excepciones al principio dispositivo que estuviesen fundadas en los criterios de la Convención : "conflicto de intereses", "influencia indebida", "falta de proporcionalidad", "falta de adaptación a las necesidades de la persona", "que se apliquen más allá del plazo más corto posible", "que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial", "que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4).

Por otra parte, y en relación al contenido de la autocuratela, nos podríamos preguntar sobre el carácter imperativo o dispositivo del proyectado artículo 285 del CC[72], relativo a la necesidad de autorización judicial y otras formalidades para determinados actos. Esto es, si partimos de la premisa de que el artículo 269 autoriza al declarante para establecer las reglas de administración y disposición de sus bienes, ¿queda o no vinculado en su propuesta de autocuratela para prescindir de la autorización judicial y demás formalidades del artículo 285 según el Anteproyecto?[73]

---

[67] "La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quien este hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 270".

[68] "…1.º A quien haya sido excluido por la persona necesitada de apoyo".

[69] "… el curador asistirá a la persona a la que le preste el apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando la voluntad, deseos y preferencias.

El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

El curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en su caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración".

[70] "El curador tiene derecho a retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo al patrimonio de la persona que precisa el apoyo".

[71] Sobre lo imperativo y lo dispositivo de las normas del Anteproyecto, véase ESCARTÍN (2018), pp.94-98.

[72] "El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso…"

[73] Los requisitos de autorización judicial, aprobación o, incluso, venta en pública subasta, previstos en el artículo 285 propuesto, son normas de derecho imperativo, cuyo incumplimiento lleva consigo la sanción de nulidad.

Teniendo en cuenta la idea que subyace en la Convención y en la reforma de adaptación del Código civil, entiendo que en el régimen común de la curatela rige el artículo 285 CC del APL como norma de carácter imperativo, mientras que en el régimen especial de la autocuratela el citado precepto debería regir con carácter supletorio. Tanto es así que, ESCARTÍN considera que el artículo 269 CC del APL debería contener el siguiente párrafo: "las disposiciones otorgadas según lo dispuesto en los párrafos anteriores tendrán preferencia sobre las normas que establece este Código con carácter general, en las secciones segundas y tercera de este capítulo" [74]. Por tanto, le corresponde a la autoridad judicial organizar el régimen alternativo, en el que deberán tenerse en cuenta los principios y disposiciones del art. 12. 4.º de la Convención. Es decir, "*que las salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*", y, según la misma norma, establecer los criterios que tal solución alternativa deben respetar: *"que no haya conflicto de intereses", "ni influencia indebida", "que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona", "que se apliquen en el menor plazo posible", y que están sujetas a exámenes periódicos por parte de autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial".*

Por último, el respeto a la autonomía, deseos y preferencias en la regulación de la autocuratela, como medida de prevención y autoprotección en el Anteproyecto, también se puede apreciar en relación a la prioridad de la declaración del propio afectado en lo relativo a la designación o exclusión de la persona del curador[75]. Ello resulta de los términos generales del artículo 269 CC del APL cuando señala que el declarante podrá "*...proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*"; esta norma viene ya confirmada por el artículo 274 CC del APL "*la autoridad judicial nombrará curador a quien haya propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quién éste hubiere delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 270"*; como son "*circunstancias graves desconocidas por quién las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*". Por tanto, podemos afirmar que, el artículo 273 CC del APL es de carácter dispositivo, y que la autoridad judicial sólo podrá evitar el nombramiento como curador en los términos que describe el citado precepto, es decir, si las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para el nombramiento del curador por el interesado han variado de forma esencial, o se descubren razones que el autor de la designación no pudo conocer y que, con probabilidad, de haberlas conocido, hubiera alterado su decisión. Ahora bien, entiendo que, si el declarante y destinatario de la autocuratela conocía al tiempo de su declaración tales circunstancias, la autoridad judicial queda vinculada por tal declaración y debe nombrar curador entre las personas designadas[76]. En tal caso, la decisión podrá tomarse de oficio o a instancia de las

---

[74] ESCARTÍN (2018), p. 98.

[75] Sobre la curatela como principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad en el Anteproyecto y el deber de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se presta el apoyo, se puede consultar MUNAR (2018), pp. 122-151.

[76] Sobre el tema señala ESCARTÍN (2018), "Por inalámbrica que parezca la posición del Anteproyecto, la suscribo íntegramente por las siguientes razones: 1ª el Carácter institucional de la curatela exige el control de la autoridad judicial, lo que la diferencia de las medidas privadas como los poderes o mandatos preventivos. 2.º Porque el juez español está, como el europeo continental, sujeto a la ley; y si la ley le impone el respeto a la voluntad del que va a ser eventualmente el propio beneficiario, tal voluntad debe ser respetada. 3.ª Porque concuerda con los principios que la

personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, siempre mediante resolución motivada.

Finalmente, y relacionado con este aspecto, el último párrafo del artículo 270 2 CC del APL debe completarse con el ya mencionado artículo 274 CC del APL cuando se refiere al nombramiento del curador al establecer que "*Cuando una persona oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar sus deseos y preferencias"*[77].

5. Conclusiones finales

La ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York 2006, ha cambiado radicalmente la regulación de la discapacidad en nuestro Ordenamiento jurídico. La discapacidad ha sido entendida como un problema social donde las limitaciones personales no vienen ocasionadas por la deficiencia, sino por la sociedad que no tiene presente la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan. Por ello, entre sus objetivos está garantizar el goce pleno, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como el respeto a su dignidad.

La Convención aboga por un sistema de apoyo o modelo social para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que sustituye al modelo médico o rehabilitador, actualmente vigente en nuestro Derecho. Entiende que la autonomía y la libertad para tomar decisiones está intrínsecamente vinculada a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad. En este sentido, el sistema de apoyos en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el ejercicio de sus derechos.

El Ordenamiento jurídico español se encuentra en un proceso de adaptación normativa a las previsiones establecidas en el artículo 12 de la Convención; siendo el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación de reforma de CC, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de discapacidad, donde se están remplazando los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por el de ayuda a las personas con discapacidad en la toma de decisiones, respetando la autonomía, voluntad y sus preferencias. Tanto es así que, uno de los ejes de la reforma es la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, optando por la curatela al considerar que se ajusta más los principios de la Convención.

Convención de Nueva York expone en su Preámbulo y desarrolla en su texto articulado, números 1 y 12…", p. 88. GARCIA RUBIO (2018), pp. 44-45.

[77] Sobre este aspecto señala AMUNÁTEGUI (2019) "que el recurso a tantos conceptos indeterminados y de difícil prueba, permitirá al juez alterar las disposiciones de autotutela cuando su seguimiento llevase al sujeto protegible a una situación de desprotección, lo que considero que constituye parte del ejercicio de la tutela judicial efectiva. Es posible que aprecie el juez un cierto margen de influencia indebida, de error al adoptar las decisiones al no haberse tenido en cuenta todo tipo de circunstancias, o por alteración de las circunstancias. Sin duda, cuando no se respete alguna de las decisiones del sujeto, incluyendo la designación de curador, la resolución judicial deberá ser especialmente motivada en aras del respeto a las preferencias y deseos expresados, evitando el mero recurso a los mencionados criterios indeterminados, pp. 77 y 78.

En el Anteproyecto cobran importancia las medidas de apoyo preventivas de autoprotección, como la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos y las medidas contenidas en documentos de voluntades anticipadas, inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, siendo la autocuratela un documento de manifestación de poder de autoprevisión del sujeto donde expresa su voluntad, deseos y preferencias, quedando la autoridad judicial vinculada, salvo excepciones, como máxima expresión de respeto a la voluntad y dignidad de la persona con discapacidad.

6. Bibliografía

Macario ALEMANY (2018), "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º 1.º (2014) del Comité (UN) de los Derechos de las personas con discapacidad), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 52, 2018, pp. 201-222.

Natalia ÁLVAREZ LATA *et al.* (2010), "Procesos de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una Revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución,* núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 11-66.

Josefina ALVENTOSA DEL RIO (2019), "Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables", *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 10, febrero, 2019, pp. 224-281.

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT (2014), "La autonomía de la voluntad de protección de las personas con discapacitadas", *La Ley,* 1578/2014, pp. 1-22.

Patricia CUENCA GÓMEZ (2012), "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios Generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR,* diciembre 2012, pp. 61-94.

Patricia CUENCA GÓMEZ (2018), "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 38, pp. 82-101.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ (2019), *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad,* ed Reus.

Silvia DÍAZ ALABART (2018), "Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: El derecho a su libertad personal", en *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardias",* Monserrat PEREÑA (Directora), ed. Dykinson, Madrid, pp. 163-197.

José Antonio ESCARTÍN IPIÉNS (2018), "La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 85-119.

Xavier ETXEBERRIA MAULEON (2016), "Autonomía y decisiones de representación/sustitución en personas con discapacidad intelectual. Perspectiva ética", *Siglo Cero*, vol. 47, n.º 257, 2016, enero-marzo, pp. 55-66.

Rafael DE LORENZO (2018), *Discapacidad sistemas de protección y Trabajo Social*, ed. Alianza Editorial. Madrid.

Cristóbal Francisco FRABREGA RUIZ, (2016), *La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas Discapacitadas*, (tesis Doctoral, dirigida por JIMÉNEZ LIÉBANA).

Tomás GARCÍA CANO (2006) "Autotutela y poderes preventivos", *Actas del XV Encuentro del Foro del Derecho Aragonés,* pp. 117-129. http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf).

Antonio GARCÍA PONS (2013) "El artículo 12 de la Convención de Nueva york de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: El caso de España", *ADC,* tomo LXVI, 2013, fac. I, pp. 59-147. (https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-10005900148)

María Paz GARCÍA RUBIO (2018) "Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho civil*, vol. V., núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.

María ISOLINA DABOVE (2018), "Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas", *Revista de Derecho Privado*, n.º 34, junio 2018, pp. 53-85.

Aurora LÓPEZ AZCONA (2015), "El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho civil aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 313-330.

David MAYOR FERNÁNDEZ (2011) "La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2133, julio de 2011, pp. 1-36. (https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/302385)

Victorio MAGARIÑOS BLANCO, (2018), "Comentario al anteproyecto de la Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho civil,* vol. V, núm. 3, (julio-septiembre, 2018), pp. 199-225.

María Teresa MANGA ALONSO, (2019) "Incidencia de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad en el Derecho español", *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm, 48, mayo 2019, pp. 129-150.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2014), *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, ed. Aranzadi.

Pedro MUNAR BERNAT (2018), "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 121-152.

Jesús MUYOR RODRÍGUEZ (2019) "Nuevos significados de la discapacidad: de la igualdad de capacidades a la igualdad de derechos", *Acciones e investigaciones Sociales*, núm. 39, 2019, pp. 33-55.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2006) "Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos", *Actas del XV Encuentro del Foro de Derecho Aragonés,* (2006), pp. 77-117. (http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf).

Antonio PAU (2018) "De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V. núm. 3, (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 5-28.

Monserrat PEREÑA VICENTE, (2007) "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?, *La Ley* 1010/2007, pp. 1-16. (La Ley 1010/2007).

Monserrat PEREÑA VICENTE (Dirección) (2018), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias,* ed. Dykinson.

Amparo PULIDO MARTÍNEZ (2010) "EL Derecho de ciudadanía del enfermo mental, un desafío al sistema para la Autonomía y la Atención a la dependencia", *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 3, 2010, pp. 361-379.

Ignacio SANCHO GARGALLO (2018), "Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio", en Monserrat PEREÑA (Directora), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias,* ed. Dykinson, Madrid, pp. 17-25.

Judith SOLÉ RESINA (2014) "El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas", *Revista Electrinica de Direitto*, n.º 2, (junio 2014), pp. 2-27.

Inmaculada VIVAS TESON (2012), *Más allá de la capacidad de entender y querer…un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español,* Observatorio Estatal de la Discapacidad.

InDret
2.2020

Economía sumergida e intrusismo al amparo del turismo colaborativo
El caso de los free tours

Mª Victoria Gutiérrez Duarte
Universidad Europea de Madrid

Aránzazu Roldán Martínez
Universidad Europea de Madrid

Sumario

-

La "economía colaborativa" ha hecho su entrada en el sector de las visitas turísticas guiadas. Las plataformas digitales ofertan y comercializan unas visitas guiadas, poniendo en conexión a los guías con los turistas. Lo que diferencia estas plataformas de otras que también se han desarrollado dentro de lo que se conoce como "turismo colaborativo", transporte, alojamiento, experiencias gastronómicas en domicilios, etc., es que no existe un precio fijado previamente, sino que es el cliente quien decide si abona una "propina" o hace un "donativo", así como su cuantía. Los conocidos como free tours (tours de precio libre o comúnmente denominados gratuitos) se ofertan a través de plataformas digitales, cuya naturaleza y papel es necesario analizar para determinar si la actividad que llevan a cabo los guías es realmente gratuita y se desarrolla dentro de un intercambio de experiencias (lo que sería el turismo colaborativo stricto sensu) o, si por el contrario, llevan a cabo una auténtica actividad económica que debería ajustarse a las normativa laboral y tributaria y para la que podría exigirse estar en posesión de una habilitación.

El presente trabajo, partiendo del análisis de la información publicada en diferentes páginas webs, analiza esta nueva forma de negocio, e identifica la naturaleza y los diferentes tipos de plataformas proponiendo una clasificación de estas en función de los servicios que ofertan. Realiza un estudio de la normativa reguladora de la actividad de guía en las diferentes Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) con el fin de analizar si existe intrusismo. Finalmente, analiza también si la prestación de estos servicios de guías turísticos cumple con las condiciones de habitualidad y retribución necesarios para considerarla actividad económica y, por ende, generar obligaciones laborales y fiscales.

Abstract

-

The collaborative economy has made its entry into the sector of guided tours. Internet platforms offer and market guided tours, connecting a service provider (tourist guide) and users (tourists). What differentiates these platforms from others such as transport or accommodation, is that there is no pre-set price, but it is the client who decides whether to pay a "tip" and the amount of it. This new form of business raises doubts as to whether, both the guides and the marketing companies, are obliged to respect the regional regulations on the exercise of the tourist guide profession and on whether behind these tips lies a new form of retribution that would have labor and fiscal implications. The present work, based on the analysis of the information published in different web pages, analyzes this new business form, and identifies the different types of platforms proposing a classification of them according to the services they offer. Depending on the fit of a platform in this classification, the labor regime of the tour guides will be analyzed, as well as the tax obligations.

Title: *Informal economy and intrusiveness under the protection of collaborative tourism? The case of free tours*

-

InDret

2.2020

Recepción
08/11/2019
-
Aceptación
04/12/2019
-

Palabras clave: "Economía colaborativa", Leyes laborales y fiscales, Turismo, Propinas, *Free Tours*, Intrusismo, Competencia desleal
Keywords: *Sharing economy, Labor and tax laws, Tourism, Tips, Free Tours, Unqualified practice of a profession, Unfair competition*
-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.04.

Índice

-

1. Introducción
2. El nuevo escenario de desarrollo de la actividad de guía de turismo: el turismo colaborativo
3. Tipos de plataformas colaborativas que ofertan free tours ¿colaboración o negocio?
4. ¿Existe intrusismo?
4.1. Punto de partida: la consideración de la actividad de guía de turismo como una profesión regulada
4.2. El marco legal de la actividad de guía turístico
4.3. La reserva de la actividad de guía turístico: la habilitación
a. La disparidad de regímenes entre los territorios autonómicos
b. Excepciones a la exigencia de habilitación
c. Derechos y obligaciones de los guías oficiales de turismo
5. Sobre la existencia de economía sumergida
6. Conclusiones
7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

El turismo es un sector estratégico en la economía española. Aporta de forma directa o indirectamente el 11,1% del PIB (datos obtenidos del informe "*Tourism Trends and Policies 2018*" de la OCDE[1]). De hecho, es el país del mundo donde el turismo aporta más al PBI, lo que revela la importancia de este sector para nuestra economía.

Para no "acabar con la gallina de los huevos de oro", desde distintas instancias se ha venido insistiendo en la necesidad de que el sector se profesionalice. Precisamente, la profesionalización es la nota que ha caracterizado tradicionalmente a los guías turísticos, al exigírseles una habilitación para ejercer. Desde hace algunos años, sin embargo, han proliferado empresas o particulares que ofrecen visitas guiadas gratuitas, conocidas por el término inglés *free tours*. Frente a las visitas guiadas tradicionales, el cliente no tiene obligación de pagar una contraprestación por el servicio, sino que es él quien decide si abona una "propina", dependiendo de la valoración que le merezca el guía. Otro fenómeno que se ha extendido de forma creciente es el movimiento "*greeter*"[2], formado por guías voluntarios que no aceptan propinas, aunque solicitan "donativos" para su asociación[3]. Existe una figura intermedia que son las empresas que se presentan únicamente como intermediarias entre los proveedores del servicio *free tours* y los viajeros, pero no organizan tours propios. En los tres casos los servicios de visitas guiadas se apoyan en unas plataformas, que han pasado a desempeñar un papel tan esencial que se ha llegado a hablar de una nueva forma de turismo "bajo paraguas digital". Estas plataformas utilizan potentes softwares de reservas *on line* que permiten con facilidad y rapidez transformar las visitas a una página web en visitas aseguradas y pagadas sin realizar ninguna actividad costosa de marketing[4],

Este tipo de servicios, que dicen insertarse dentro de la "economía colaborativa", y responder a las nuevas tendencias de "turismo sostenible y social", plantea serias dudas desde el punto de vista jurídico. No en vano la llegada de los *free tours* a las distintas capitales españolas ha venido acompañada de una fuerte polémica, por las acusaciones de intrusismo y de competencia desleal que se han formulado desde las asociaciones de guías profesionales que denuncian que los guías carecen de la habilitación profesional y que no están dados de alta como autónomos ni pagan los impuestos correspondientes[5].

---

* Autor de contacto: *Mª Victoria Gutiérrez Duarte,* vic.duarte@universidadeuropea.es.

[1] Disponible en: https://www.thinktur.org/media/TENDENCIAS.pdf (última consulta 6 de octubre de 2019).

[2] Según se explica en su página web, Madrid Greeters, es una Fundación registrada en la Cámara de Comercio, archivo número 273 649 69. Su objetivo es apoyar a los visitantes en la exploración de la ciudad. Lo hacen a través de paseos personalizados para particulares y grupos de hasta seis personas como máximo. Todos los *Greeters* siguen una política estricta de no aceptar propinas, sin embargo, se dice al turista que se sienta libre de donar tanto o tan poco como quiera para ayudar a mantener sus gastos administrativos. Disponible en https://madrid.greeters.info/es/about-us/ (última consulta 7 de octubre de 2019).

[3] Las Administraciones Públicas también han recurrido a programas de voluntariado que prestan servicios de visitas guiadas gratuitas, encontrando la oposición de los guías profesionales. *Vid,* al respecto por ejemplo, "Los guías turísticos voluntarios se extienden por España, soliviantando a los guías oficiales", Hosteltur, diario 5707, 19 de abril de 2010 (disponible en https://www.hosteltur.com/67788_guias-turisticos-voluntarios-se-extienden-espana-soliviantando-guias-oficiales.html).

[4] Un ejemplo de estos software es FareHarbor empresa especializada en tours y actividades.

[5] *Vid,*; "Free tours: las visitas guiadas por libre desatan la polémica", Diario Sur, lunes 20 de agosto de 2018 (disponible en https://www.diariosur.es/sociedad/free-tours-visitas-20180809103020-nt.html); "Crece con el verano la polémica en Madrid con los Free Tours", Telemadrid, programa Telenoticias 1 de 15 de julio de 2019 (disponible en http://www.telemadrid.es/programas/telenoticias-1/Free-Tours-precio-economia-sumergida-2-2140305971--20190715031124.html); "El intrusismo y los 'free tours' amenazan a los guías turísticos de Pontevedra", Diario Faro de

Para determinar si realmente se está produciendo un intrusismo, es preciso aclarar si el ejercicio de la actividad de guía *free tour* exige disponer de una habilitación, lo que nos conduce a estudiar la normativa autonómica de turismo. Por otro lado, respecto de las acusaciones de competencia desleal, será preciso determinar si dichos guías y empresas están sometidas al cumplimiento de la legislación laboral y fiscal, lo que nos exige estudiar previamente si, pese a que el mero cobro de propinas parecería evidenciar que existe una actividad marginal de carácter benévolo, realmente estaría encubriendo una auténtica actividad económica.

El tema objeto de este estudio es sólo un botón de muestra de un problema mayor que aqueja al sector turístico en general: la competencia que están sufriendo las empresas y profesionales por parte de particulares que no cumplen la normativa. El problema es de tal gravedad e importancia que la eliminación del intrusismo y de la competencia desleal aparece enunciada como fin básico en algunas leyes autonómicas de turismo (Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia, Principado de Asturias, Región de Murcia, Extremadura, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana), que han puesto al servicio de su erradicación a la policía administrativa, mediante la intervención de la Inspección turística y la tipificación de estas conductas como faltas graves o muy graves (CASTEL GAYÁN, 2011, págs. 21-24). Interesa especialmente destacar que las leyes autonómicas más recientes son conscientes de que la proliferación de estas actividades ilegales está relacionada con el uso de nuevas tecnologías para la comercialización, a través de plataformas que se anuncian en diversas páginas web. Como botón de muestra sirvan las siguientes:

– La Ley 15/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunidad Valenciana, dedica su artículo 54 a la regulación de la actividad clandestina y la oferta ilegal, indicándose que "especialmente, se controlarán las actuaciones de esa índole que hagan uso de las nuevas tecnologías"[6].

Vigo, 22 de febrero de 2019 (disponible en https://www.farodevigo.es/portada-pontevedra/2019/02/22/intrusismo-free-tours-amenazan-guias/2056369.html); "Los free tours y el intrusismo amenazan a los guías turísticos en Asturias", Diario La Voz de Asturias 29 de agosto de 2018; "Ciudadanos denuncia los 'free tour' y el intrusismo laboral en el ámbito de los guías turísticos"(disponible en http://cortes-castillayleon.ciudadanos-cs.org/2017/02/21/ciudadanos-denuncia-los-free-tour-y-el-intrusismo-laboral-en-el-ambito-de-los-guias-turisticos/);"Piden frenar los *Free* Tours: Rebelión de los guías turísticos de Madrid contra el intrusismo", 2 de septiembre de 2018, Preferente.com, disponible en https://www.preferente.com/noticias-de-agencias-de-viajes/rebelion-de-los-guias-turisticos-de-madrid-contra-el-intrusismo-279869.html; "Las asociaciones exigen que se regule esta actividad. *"Free* Tours, los Airbnb de las visitas turísticas, desafían al guía oficial", 18 de septiembre de 2018, https://www.hosteltur.com/108843_free-tours-los-airbnb-de-las-visitas-turisticas-desafian-al-guia-oficial.html; "Guerra entre guías turísticos en el centro de Madrid

La Asociación Profesional denuncia intrusismo por la proliferación de los '*Free* Tours', 1 de septiembre de 2018, Diario El País, https://elpais.com/ccaa/2018/08/30/madrid/1535651307_488094.html; "La Asociación de Guías de Turismo afirma que hay publicidad engañosa en los '*Free* Tours', El Diario.es Castilla-La Mancha, 30 de junio de 2017, https://www.eldiario.es/clm/Asociacion-Guias-Turismo-publicidad-enganosa_0_660034750.html; "Los guías turísticos oficiales se arman para frenar el auge de los «*Free* Tours»", 17 de agosto de 2018, La Voz de Galicia, https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2018/08/24/guias-turisticos-oficiales-arman-frenar-auge-free-tours/0003_201808G24P26992.htm.

[6] Precisamente la sanción que podría haberse impuesto en el verano de 2018 a una guía de Guruwalk tuvo su origen en una actividad inspectora encaminada a detectar la actividad clandestina y el intrusismo. En el verano de 2018 saltó a los periódicos la noticia de la incoación de expediente sancionador contra una guía de Guruwalk, al considerar que estaba cometiendo una infracción muy grave por carecer de habilitación. Desde el departamento de Turismo de la Generalitat Valenciana realizan un símil de este tipo de situaciones con las de los apartamentos ilegales puesto que se sigue el mismo protocolo. Su objetivo, señalan, no son los particulares, sino las grandes plataformas que por regla general operan en varias ciudades, aunque no es la primera vez que se apercibe a alguien. *"Tenemos que hacer pedagogía para que se ofrezca la actividad tributando como todo el mundo y cumpliendo con la normativa. También hacer ver a los ciudadanos que contraten con servicios legales"*, remarcan desde Turismo. Fuente: Diario ABC 24 de agosto de 2018 "Multas de hasta 600.000 euros por enseñar su pueblo a turistas sin título de guía", disponible en https://www.abc.es/espana/comunidad-

– La Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco establece que "La Administración turística de Euskadi vigilará en especial el intrusismo derivado del uso de las nuevas tecnologías" (art. 27.4).

– La Ley 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura ha supuesto un gran cambio cualitativo respecto de la anterior, ya que, por un lado, ha añadido al artículo 3 una letra ñ) que se plantea como uno de sus objetivos "La erradicación de la competencia desleal y la oferta ilegal y clandestina"[7] y, por otro lado, ha incluido a las plataformas digitales que intervienen en el sector turístico, obligándolas a colaborar con la Administración turística regional en la erradicación de la competencia desleal y la oferta ilegal y clandestina[8].

Las nuevas formas de actuación exigen un cambio en las formas de control de la legalidad turística, como lo comprobación de lo que se publicita a través de Internet, siendo ésta una medida que se ha incorporado en los planes de actuación de la inspección turística de algunas CC.AA., como Castilla y León[9], Andalucía[10] o Aragón[11].

Pero ¿podemos hablar de ilegalidad si aparentemente todo es gratuito? El término "colaborativo" que acompaña a esa nueva forma de economía y de hacer turismo, parece situarse en el extremo contrario al capitalismo. Sin embargo, podría estar utilizándose como un medio para eludir el cumplimiento de obligaciones administrativas, laborales y fiscales y obtener, así, una ventaja competitiva.

Consideramos necesario que este estudio empiece enmarcando la prestación de estos servicios de guía dentro de la llamada "economía colaborativa". En segundo lugar, expondremos los tipos de plataformas que operan actualmente en este mercado y explicaremos cómo funcionan. En tercer lugar, realizaremos un análisis de la regulación de la actividad de guía turístico en las diferentes CC.AA. Finalmente, analizaremos las formas en las que se puede ejercer la actividad de guía, haciendo hincapié en los llamados popularmente *free tours* y sus formas de retribución en el mercado.

---

valenciana/abci-multas-hasta-600000-euros-ensenar-pueblo-turistas-sin-titulo-guia-201808240052_noticia.html (última consulta 10 de enero de 2019).

[7] En el debate del dictamen elaborado por la Comisión de Economía, Infraestructuras, Turismo, Industria y Energía, todos los grupos parlamentarios destacaron este aspecto en que incide la nueva normativa para luchar contra el intrusismo. Por su parte, Elisa Cepeda, del Grupo Parlamentario Popular, incidió en la necesidad de luchar no solo contra la competencia desleal que suponen los alojamientos ilegales, sino también con la que ejercen guías e informadores turísticos que no disponen de la correspondiente acreditación oficial. Fuente: EFE 5 de julio de 2018 https://www.hoy.es/extremadura/aprobada-modificacion-turismo-20180705111404-nt.html (última consulta 9 de enero de 2019).

[8] En este sentido, se incluye en el art. 52 bis.2 la obligación de que las empresas y entidades, turísticas o de cualquier otro tipo, que realicen la publicidad y/o comercialización de actividades y productos turísticos pongan en conocimiento de la Administración Turística competente las empresas cuyos productos o actividades se comercialicen y/o publiciten en las mismas sin hacer constar el correspondiente número de registro, e igualmente que retiren dicha publicidad cuando la Dirección General competente en materia de turismo se lo requiera.

[9] Orden CYT/1436/2018, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Inspección Turística para 2019-2022.

[10] Orden de 28 de diciembre de 2018, por la que se aprueba el Plan de Inspección Programada en materia de turismo para el año 2019.

[11] Orden VMV/514/2018, de 9 de marzo, por la que se aprueba el Plan de inspección programada en materia de turismo en Aragón para 2018.

2. El nuevo escenario de desarrollo de la actividad de guía de turismo: el turismo colaborativo

El turismo colaborativo es una manifestación de la llamada "economía colaborativa", término que ha surgido en los últimos años para referirse a actividades en las que se produce un intercambio entre particulares de bienes o servicios donde la contraprestación es pactada entre las partes. La aparición de este nuevo concepto de economía no ha estado exenta de polémica. Después de unos primeros años de simpatía general hacia estos modelos, al identificarlos con los valores y principios de la filosofía colaborativa, últimamente la opinión pública está adoptando posiciones bastante más críticas (BELTRAN I CANGRÒS, 2018, pág. 13).

Un estudio realizado por la Comisión Europea en 2016, Eurobarometro 438 "*The use of collaborative platforms*", cifra la media de utilización de las plataformas en la Unión Europea en un 17%, mientras que en España estamos por encima de la media ya que un 19% de los encuestados las utiliza[12].

Un estudio realizado por la Escuela de Turismo OSTELEA[13] afirma que los cinco sectores principales de "economía colaborativa" son los siguientes: 1) El turismo. 2) El transporte. 3) Las finanzas. 4) La intermediación laboral. 5) El entretenimiento. En el ámbito internacional, según este estudio, en 2015 hubo un aumento de los ingresos globales de estos sectores de 15.000 millones de euros. La previsión que realiza para 2025 supone un aumento aproximado de los ingresos de 335.000 millones de dólares, lo que representa un incremento de más del 2.000% para un periodo de 10 años (BELTRAN I CANGRÒS, 2018, pág. 12).

En los últimos años se han desarrollado en España multitud de actividades asociadas a la "economía colaborativa" en el sector turístico, lo que se explica por la nueva tendencia económica internacional en la que se prima el uso a la propiedad y, por otra parte, por el creciente acceso a internet de la población (FIGUEROLA PALOMO, 2016, pág. 105). Además de esto debemos señalar que estas nuevas actividades han surgido en un momento de grave crisis económica donde el turismo buscaba servicios baratos. Hasta el momento los subsectores del alojamiento y el transporte son los que han registrado mayor volumen de actividad. Sin embargo, en los últimos años el fenómeno se ha extendido también al sector de visitas guiadas. La razón que nos ha llevado a estudiar este tipo de actividad es comprobar si realmente podemos englobarlas en una especie de intercambio cultural entre personas, que surge de forma esporádica en el mercado, o si estamos ante una actividad económica.

---

[12] Disponible en https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S2112_438_ENG. (última consulta 10 de octubre de 2019).

[13] La constatación de que en España este mercado está creciendo la podemos encontrar en un estudio realizado por la Escuela de Turismo OSTELEA "Plataformas de Economía Colaborativa: Una Mirada Global" (2018), donde revela que recientemente se han creado más de 300 *start ups* que se englobarían dentro de la economía colaborativa. Estás empresas operan en ámbitos tan distintos como el *carpooling* (compartir vehículos), el *carsharing* (sistema de uso de vehículo privado que consiste en que múltiples usuarios usan de forma individual una flota colectiva de vehículos), el alquiler de coches entre personas, el estacionamiento, los taxis o similares, el transporte ferroviario, el alquiler de bicicletas, el micromecenazgo o crowdfunding, el *crowdgifting* o compra de regalos en grupo, los bancos de tiempo e intercambios de conocimientos/servicios, el coworking, el alojamiento, la logística, el intercambio de ropa, la educación, la alimentación, etc. En el mismo informe afirman que en 2017 las plataformas de transporte colaborativo eran usadas por casi el 8% de la población y estiman el uso de las mismas para 2021 de casi el 11%. Si analizamos sus datos de facturación recogidos en el mismo informe, vemos que no ha dejado de aumentar: en 2016 éstas facturaban casi 311 millones de €, en 2017 incrementaron dicha facturación por encima de los 356 millones de € y las estimaciones para 2021 alcanzan casi los 500 millones de €, un incremento de casi el 30% respecto a los datos de 2017. El informe está disponible en http://www.aept.org/ostelea-economia-colaborativa (última consulta 10 de octubre de 2019).

Desde la Unión Europea existe una preocupación por regular la "economía colaborativa". La Comisión Europea, en una de sus Comunicaciones, COM (2016) 356 final "Una Agenda europea para la "economía colaborativa", explica que el término "economía colaborativa" hace referencia a modelos de negocio que se desarrollan a través de plataformas colaborativas creando así un mercado abierto para el uso de bienes y servicios, normalmente entre particulares. En la citada Comunicación, se explica que en la "economía colaborativa" intervienen tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional ("pares") o prestadores de servicios que actúen a título profesional ("prestadores de servicios profesionales"); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos ("plataformas colaborativas").

En muchos casos, las empresas de "economía colaborativa" surgen en mercados donde ya existían los mismos negocios atendidos hasta ahora por prestadores de servicios convencionales, como es el caso de los distintos subsectores del turismo. Por esta razón la Comisión advierte a las autoridades nacionales que las nuevas plataformas colaborativas o prestadores de servicios deben estar sujetos a los mismos requisitos de acceso al mercado que los tradicionales, sin beneficiar un modelo de negocio en perjuicio del otro. Hace especial hincapié en que los nuevos operadores de la "economía colaborativa" están sujetos a las normativas fiscales. No obstante, también advierte que en este tipo de negocios se plantean problemas en cuanto al cumplimiento de las obligaciones fiscales. De esta forma reconoce que, en ocasiones, existen dificultades para identificar a los contribuyentes y los ingresos sujetos a los impuestos.

El propio Parlamento Europeo, en la Resolución, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la "economía colaborativa", ha realizado una serie recomendaciones a la Comisión Europea sobre aspectos que se deberían revisar. Así, afirma que es necesario diferenciar entre proveedores individuales (ciudadanos que prestan servicios ocasionalmente) y profesionales (que deben cumplir los principios de la UE y los nacionales), además de concretar los derechos del consumidor. Respecto de los profesionales, manifiesta que se deben proteger los derechos de los trabajadores en la "economía colaborativa" y asegurar unas condiciones de trabajo justas y una adecuada protección jurídica y social para todos ellos. Confirma que los profesionales de la "economía colaborativa" son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia (autónomos), según la forma en la que desarrollen la actividad. Hace especial referencia al aumento de los trabajadores en estos tipos de negocios y la importancia de supervisar el mercado de trabajo y las condiciones laborales de la "economía colaborativa" con objeto de luchar contra las prácticas ilegales. En cuanto a los aspectos fiscales, recalca que la "economía colaborativa" no debe utilizarse nunca como medio para eludir las obligaciones tributarias, por esa razón señala que es necesario que exista una colaboración entre las autoridades competentes y las plataformas colaborativas para conseguir el cumplimiento de las obligaciones fiscales y el pago de impuestos.

Así pues, la inserción de estas actividades dentro de la "economía colaborativa" o del turismo colaborativo no tiene influencia determinante en la calificación como profesionales o amateurs de los servicios prestados por los guías *free tours*. La respuesta dependerá de la existencia de una actividad que pueda calificarse como económica. En esta indagación nos ayudará conocer el papel que juegan las plataformas digitales.

3. Tipos de plataformas colaborativas que ofertan *free tours* ¿colaboración o negocio?

En este nuevo contexto económico y cultural, vinculado al desarrollo de las nuevas tecnologías, la crisis económica y las nuevas demandas del consumidor (en nuestro caso, el turista), particulares, pero también profesionales, que desean desarrollar tareas de visitas guiadas de todo tipo (tradicionales o experienciales) acuden a las plataformas digitales para ofrecer unos servicios que tratarán de diferenciarse de los demás. Los demandantes son nativos tecnológicos que buscan en internet y en las nuevas aplicaciones las distintas propuestas, y se dejarán influir en su elección, por los comentarios vertidos por otros turistas (NAVALÓN-GARCÍA y MÍNGUEZ GARCÍA, 2018, pág. 271). No hay que minusvalorar la importancia de otro dato: tras la liberalización del sector turístico por la Directiva de servicios, se han establecido en nuestro país empresas de visitas guiadas y profesionales turísticos habituados en muchos casos a contactar directamente con los turistas a través de dichas plataformas (NAVALÓN-GARCÍA y MÍNGUEZ GARCÍA, 2018, pág. 271).

Como advierte CRUZ VILLALÓN (2017, págs. 38-39) existe una notable dificultad para identificar el rol que en cada caso asume una plataforma digital en la prestación del servicio por parte del prestador (en nuestro caso, el guía). En primer lugar, la información que de sí mismas, de su naturaleza jurídica y de su forma de actuar proporcionan las plataformas es muy opaca. La deficiente información debe completarse con la procedente de blogs[14] y páginas web gestionadas por particulares que se adhieren al programa de afiliados de aquellas plataformas y que muestran especial interés en explicar a sus lectores cómo funciona un *free tour* (a través de ellos hemos podido conocer, por ejemplo, que algunas plataformas cobran comisiones a los guías)[15]. En segundo lugar, como ocurre con servicios de otro tipo (transporte de viajeros, alojamiento, entrega de comida a domicilio, cuidadores...), la intervención de la plataforma puede ser muy diversa en función de los servicios que prestan. Aplicando al caso de las visitas guiadas, la clasificación de las plataformas establecida por CRUZ VILLALÓN (2017, págs. 39-40) podemos distinguir tres tipos:

1. Las que se limitan a poner en contacto a los turistas con los guías. Actuarían como un buscador o como una especie de agencia privada de colocación para autónomos.

[14] *Vid,* por ejemplo, "¿Son los *Free* Tour para los viajeros responsables?", blog de Mar Villalba, entrada el 27 de agosto de 2018, se afirma que "Las plataformas donde se anuncian los guías para estos servicios, SÍ cobran una comisión a sus "guías" por lo que ya dejan de estar dentro de la economía colaborativa y pasan a ser una actividad económica con sus ganancias donde sus 'trabajadores' no tiene establecidos un sueldo". Son muy interesantes los 20 comentarios que se hacen a continuación, donde explican su experiencia los turistas y los guías *Free* Tours. Disponible en https://www.miruta.es/free-tour-visitas-guiadas-gratis/ (última consulta 17 de enero de 2018). Muy interesante también es la experiencia de Cristina Arnal Sáenz que cuenta en el artículo "Propinas, calor y turistas cabreados: ser guía de 'free tour' es una pesadilla", 18 de julio de 2019. Disponible en https://www.vice.com/es/article/a3xp5a/free-tour-turismo-precariedad-guias (última consulta 7 de octubre de 2019. Ha abierto una página de Facebook e Instagram bajo el nombre de Poor Free Tour, donde guías free tours de toda Europa están contando también sus experiencias (https://en-gb.facebook.com/poorfreetour/posts/953265518383520?__tn__=K-R, última consulta 23 de octubre de 2019).

[15] *Vid,* por ejemplo, el programa de afiliación de Civitatis: Inicialmente ofrecen el 8% de comisión por cada venta, pero tienen una estructura de comisiones en función del importe de las ventas mensuales, según la cual es posible llegar hasta el 10%: - Hasta 1.000€: 8% de las ventas y 0,4€ por asistente a los *Free* Tours; - De 1.000 a 5.000€: 9% de las ventas y 0,45€ por asistente a los *Free* Tours; - Desde 5.000€: 10% de las ventas y 0,5€ por asistente a los *Free* Tours. Se explica que "El nivel de comisión se ajusta en función de las ventas del mes anterior. Es decir, si en marzo vendes 3.000€, en abril la comisión sería del 9%. No te asustes, el objetivo es factible, tenemos un ratio muy alto de conversión y es muy fácil ganar dinero con nosotros". Disponible en https://www.civitatis.com/es/afiliados/ (última consulta 17 de enero de 2019).

2. Las que actúan como intermediarias entre el guía y los turistas ofreciendo, además, otros servicios como la gestión de las reservas, la gestión de cobro, la comercialización de los servicios o la valoración del cliente (servicio de reputación *on line*). Las plataformas actuarían como grandes *Marketplace* donde concurrirían multitud de guías o empresas turísticas a ofrecer sus productos. En este caso, el cliente del guía sería directamente el turista, por lo que la retribución procedería de éste, aunque la plataforma, a través de un sistema de pago seguro, realizase el cobro, para su posterior entrega al guía, previo descuento de una comisión por los servicios prestados. Esta actividad de mera intermediación se rige por Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que el servicio que prestan se ajusta a la definición de "servicio de la sociedad de la información" que recoge el artículo 2 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico[16], esto es, prestan servicios a cambio de una remuneración, o al menos, constituyen una actividad económica, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios (MONTERO PASCUAL, 2017, pág. 104)[17]. En este caso, están amparadas por el principio de libre prestación de servicios previsto en la Directiva.

3. Las que no se limitan a actuar como meras intermediarias, sino que, además, prestan el servicio subyacente en la medida en que no se limitan a intermediar entre oferta y demanda, sino que crean la oferta y controlan las condiciones de prestación de tales servicios[18]. En este caso, el servicio de intermediación, en combinación con otros servicios prestados por la plataforma, forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal está vinculado a un determinado sector de la actividad, en nuestro estudio sería el turismo. En consecuencia, no pueden ser calificadas de prestadoras de servicios de la sociedad de la información, estando excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31[19].

   Podemos distinguir dos formas de intervenir en el mercado: el servicio es prestado por guías contratados laboralmente por la plataforma[20], o bien, está externalizado a otras empresas de visitas guiadas o a trabajadores autónomos respecto de los cuales la plataforma asumiría el

[16] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. El artículo 2 se remite para definir los "servicios de la sociedad de la información" al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE - modificada por la Directiva 98/48/CE-

[17] La STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011 (Asunto C-324/09-caso L'Oréal-) concluyó que la explotación de un mercado electrónico por parte del operador eBay, podía tener la consideración de "servicio de la sociedad de la información", en la medida en que se prestan servicios a distancia a través de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y a cambio de una remuneración.

[18] El TJUE atiende a estos dos criterios para determinar la naturaleza de los servicios prestados. En dos sentencias recaídas en relación con la plataforma UBER concluyó que no era una mera intermediaria sino que era responsable del servicio subyacente, en la medida en que ejerce sobre las empresas y profesionales una "influencia decisiva", pues consta que establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos [SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15) y de 10 de abril de 2018 (Asunto C-320/16)]. En relación con la plataforma Airbnb, el Abogado General ha concluido recientemente que no es una inmobiliaria sino un prestador de servicios de la sociedad de la información, ya que, si bien ha creado la oferta, no ejerce control sobre las condiciones de prestación del servicio (Conclusiones del Abogado General, de 30 de abril de 2019 en el Asunto C-390/18).

[19] Vid, SSTJUE sobre el caso Uber citadas en la nota anterior.

[20] Es el caso, por ejemplo, de Cuéntame Toledo, muy conocida por sus tours gratis, que exige que los guías tengan el carácter de oficiales y ofrece contratos indefinidos con sueldo fijo. *Vid,* en su página web "Trabaja con nosotros", https://www.cuentametoledo.com/blog/trabaja-de-gu%C3%ADa-tur%C3%ADstico-en-toledo (última consulta 17 de enero de 2019).

papel de cliente (sería un caso de descentralización productiva). En este último caso, el guía se encargaría de proveer a la plataforma, que en realidad es una agencia de viajes o una empresa informativa turística de visitas guiadas, cobrando directamente de la plataforma, no del cliente. La atribución de la naturaleza laboral o mercantil a la relación que une al prestador de servicios con la plataforma depende de la concurrencia o no de las notas de dependencia y ajenidad que, conforme al artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, permiten calificar una relación como laboral. Cuando puedan identificarse unos poderes directivos empresariales por parte de la plataforma (manifestados en la potestad de organización del trabajo del guía y en el ejercicio de un poder disciplinario), la relación debería vertebrarse a través de un contrato laboral[21]. Si el guía trabajara en régimen de autoorganización, estaríamos en presencia de un trabajador que podría llegar a tener la condición de "trabajador autónomo dependiente" –TRADE- si percibiera de la plataforma, al menos, el 75% de sus ingresos.

Si bien algunas de estas plataformas que no pueden calificarse de meras intermediarias, informan de que sus guías son autónomos y cuentan con la correspondiente habilitación, un número importante de ellas pretende "eludir las mayores responsabilidades posibles, intentando huir a estos efectos no sólo de ser calificados como empleadores a efectos de la aplicación de la legislación laboral sino, incluso, a los efectos de huir de la condición de empresa cliente del presunto trabajador autónomo"[22]. Para ello resulta esencial presentar a dichos guías como personas que no realizan una actividad profesional, sino que se limitan a realizar un intercambio de experiencias totalmente gratuito o que buscan obtener un dinero extra de forma divertida. La misma terminología acuñada contribuye a crear esta confusión: no se habla de trabajadores sino de colaboradores, *partners*, *walkers*, *insiders*, gurús o asociados; no se habla de precios, sino de propinas o de donativos; no se exige profesionalidad, sino que se apela a la juventud, al talento, a la pasión por comunicar a los demás los detalles de una ciudad a la que se ama y se conoce, al deseo de intercambiar experiencias y a las ganas de conocer a personas de todos los países… Todo ello con el fin de mantener la idea de que esta actividad se desarrolla dentro de un turismo colaborativo, democrático, sostenible y participativo. En ocasiones, se llega a tener la sensación de que lo que se buscan no son guías, sino artistas callejeros, actividad que, por cierto, también se basa

[21] Recientemente ha sido noticia que una comisión administrativa de la Seguridad Social belga ha concluido que una guía turística que trabajaba con Buendía Tours era falsa autónoma, una decisión que rechaza la empresa y que se puede recurrir en los tribunales. La comisión administrativa se ha basado en su estudio del caso en las pruebas presentadas por la denunciante (con pantallazos de conversaciones de Whatsapp, emails, facturas y otros documentos), sin recabar la versión de la empresa. Su valoración es que "el examen del dossier revela suficientes elementos que permiten concluir que la relación de trabajo ejecutada en los términos propuestos por Buendía Tours debe considerarse como una relación de trabajo asalariado". Entre la información facilitada a la comisión figuran mensajes de la dirección de Buendía Tours en los que piden a los guías autónomos que cuando rechacen tours incluyan la razón por la que lo hacen, e incluso en los que avisan a los trabajadores de que, si se tienen que cerrar servicios debido a sus rechazos para guiar visitas, esas personas dejarán de trabajar con Buendía. La resolución de la comisión se hace eco de la denuncia de vigilancia de los guías a través de una webcam pública que permite observar la Grand Place de Bruselas, de donde parten los *Free* Tours de la compañía. El dictamen recoge un mensaje a modo de ejemplo, de los varios presentados en un anexo, en el que desde la dirección de Buendía se menciona a dos trabajadoras que no están situadas en un lugar determinado: "Poneros [sic] por favor como ya hemos dicho mil veces una a cada lado de hispano". *Vid,* la noticia publicada en Diario.es del 31 de octubre de 2018, disponible en:

https://www.eldiario.es/economia/expediente-autonoma-empresa-abusos-laborales_0_830817501.html. (última consulta 24 de octubre de 2019).

[22] Se trata de una afirmación que hace CRUZ VILLALÓN (2017, pág. 39) en relación con las plataformas en general, pero que es aplicable también a las especializadas en ofrecer Tours.

en propinas[23]. Quizá por la cercanía a la actividad de entretenimiento algunas empresas de visitas guiadas no hablan de "guías" sino de "monitores turísticos"[24]

Siguiendo los mismos criterios de clasificación señalados por MUÑOZ BENITO, R. (2019, págs. 391-393) hemos analizado las webs más populares que actualmente ofertan este tipo de tours gratuitos, realizando la clasificación que aparece en la tabla adjunta. La información la hemos obtenido de la web oficial tratando de identificar el modelo de negocio, los servicios que prestan y si existe contraprestación por los servicios, tanto de intermediación como de guía. A cada plataforma se asigna un número que guarda relación con la clasificación de plataformas que hemos realizado anteriormente (1, 2, 3).

NOMBRE	ACTIVIDAD	TIPO	SERVICIOS	CONTRAPRESTACIÓN DE LA PLATAFORMA	RETRIBUCIÓN AL GUÍA
Plataforma "GURUWALK" propiedad de GURUWALK, S.L.	Puesta en contacto de turistas con empresas de visitas guiadas o guías de turismo No organiza ni ofrece tours propios	2	Publicita sólo *free tours*, pero al entrar en uno de los recorridos nos remite a la empresa de visitas guiadas que lo presta y ahí se ofertan otros tours de pago. Ofrece servicios de reserva Ofrece servicios de reputación *on line*.	Cobro al guía de una cantidad fija por turista al guía que presta el servicio[25].	El guía recibe una propina de los turistas.
App colaborativa FREE TOURING	Puesta en contacto de guías (profesionales y amateurs) con turistas.	2	Publicita *free tours* Ofrece servicios de reserva Ofrece servicios de reputación *on line*.	Cobro al guía una tarifa fija por cada *free tour* que crea un guía.	El guía recibe una propina de los turistas.

[23] También respecto de este sector algunas ciudades han iniciado su regularización. Por ejemplo, en 2012 el Ayuntamiento de Estepona reservó unos enclaves a estos "emprendedores" con la única condición de que estuvieran dados de alta en la Seguridad Social. Noticia disponible en:

https://www.laopiniondemalaga.es/estepona/2012/05/23/estepona-crea-16-enclaves-artistas-callejeros-alta-seguridad-social/508171.html.

[24] Vid, página web de Trip Tours en https://triptoursmadrid.com/free-tours-madrid/ (última consulta 24 de octubre de 2019).

[25] En la propia página web de Guruwalk no se contesta con claridad a esta cuestión. A la pregunta de un candidato a ser guía ¿Tengo que pagar alguna comisión a GuruWalk? Se contesta "GuruWalk tiene dos planes para todos los guías de la plataforma, un plan *hobbie* por el cual no pagarás por los viajeros, pero estarás limitado a un número pequeño de *walkers* por día. Si quieres recibir muchas reservas el plan PRO es tu elección, pero solo está disponible para algunas ciudades por lo que si te interesa contáctanos, con este plan vas a poder vivir realmente de tu pasión". Disponible en https://www.guruwalk.com/es/trabajar-guia-turistico (última consulta 19 octubre de 2019).

Página web CIVITATIS Propiedad de la Agencia de Viajes CIVITATIS TOURS, S.L.[26]	Puesta en contacto de guías (profesionales y amateurs) y empresas de visitas guiadas con turistas. En Madrid presta directamente los servicios a través de sus guías (Civitatis Tours&Tickets). Ofrece servicios de recogida y traslado	2 y 3	Publicita *free tours* y visitas de pago Ofrece servicios de reserva (Los *free tours* están sujetos a un número máximo de turistas). Ofrece Plataforma de pago Ofrece Servicio de reputación *on line*	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los *free tours* cobra por persona a partir de un número definido en la web).	El *free tour* cobra de los turistas En las visitas de pago, el guía cobra directamente de la plataforma.
Asociación cultural CUENTAME TOLEDO	Plataforma que ofrece tours turísticos. Presta dichos servicios de forma directa.	3	Ofrece *free tours* y tours de pago Reserva a través de la web de *free tours* y no gratuitos. (Los *free tours* están sujetos a un número máximo de turistas. A partir de 6 se cobrarán 5€ por persona). Plataforma de pago	En los *free tours* en grupo se cobra una tarifa fija En los tours de pago, cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los *free tours* cobra por persona a partir de un número definido en la web).	En los tours gratuitos, el guía cobra de los turistas. En los tours de pago cobra de la Asociación.
MADRIDAPIE Propiedad de la Asociación cultural *Free tour* Madrid	Plataforma que ofrece servicios de guías. Presta servicios de forma directa	3	Ofrece *free tours* y tours de pago (Los *free tours* están sujetos a un número máximo de turistas). Ofrece servicios de reserva Ofrece Plataforma de pago. Ofrece reputación *on line*	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, en el caso de que el *free tour* se realice en grupo. La tarifa se fija por Madridapie.	El guía de *free tour* cobra directamente del cliente.

[26] Hace un año la empresa ha añadió un canal presencial de atención al cliente con el que complementar su venta online (Civitatis Tours&Tickets).

Strawberry tours Compañía internacional de tours a pie	Plataforma que pone en contacto a guías y empresas de visitas guiadas (con las que se asocian en determinadas ciudades) con turistas. Presta directamente los servicios, bien mediante guías locales o mediante empresas con las que se asocian	2	Ofrece *free tours* y en algunas ciudades tours privados (Los free tours que exceden de 8 personas tienen que solicitar un tour privado).	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los *free tours* cobra por persona a partir de un número definido en la web).	El guía de *free tour* cobra directamente del turista las propinas. Se indica que una parte del importe que pagues de las propinas de los *free tours* se donan a una organización benéfica local. Se indica también que "Una parte de esa contribución es destinada para nuestros gastos de marketing y operacionales".
Plataforma FREETOUR.com **Propiedad de Freetourcom Limited (forma parte del grupo dublinés Viagio)**	Puesta en contacto de turistas con guías y empresas de visitas guiadas	2	Publicita *free tours* y tours de pago (a estas últimas las denomina "excursiones económicas". Ofrece servicios de reserva Ofrece Plataforma de pago. Ofrece servicios de reputación *on line* Plataforma de pago.	En los tours gratuitos indican que promueven los tours mediante nuestros canales de marketing online a cambio de una tarifa de comercialización relativamente pequeña En los tours de pago, se cobra al turista de un 20% del precio del tour al realizar la reserva por la web.	En los tours gratuitos cobro de propinas de los clientes. En los tours de pago, se cobra al turista el 80% restante del precio al inicio del tour. (se indica en la plataforma que esas son las ganancias del guía)
TRIPPER.ONE	Plataforma que pone en contacto a personas para realizar experiencias. Los anfitriones publican eventos a los que se unen turistas	1	Plataforma de contacto entre personas	Uso gratuito para el turista. Cobro de tarifas por el uso de ciertas funciones de la plataforma.	Los anfitriones establecen el pago que consideren. En principio no tiene ánimo de lucro.

SANDEMANS NEW EUROPE	Plataforma que ofrece *free tours* y de pago. Prestan las visitas de forma directa o a través de colaboradores (los *free tours* se prestan por guías autónomos asociados)	3	Ofrecen tours gratis y tours de pago (Los *free tours* están sujetos a un número máximo de turistas). Ofrecen servicio de reserva Ofrecen Plataforma de pago.	Cobro al turista de una cantidad fija por persona, directamente al realizar la reserva en la web. (En los *free tours* cobra por persona a partir de un número definido en la web).	En los *free tours* el guía cobra directamente de los turistas

Fuente: MUÑOZ BENITO, R. (2019, págs. 391-393) y elaboración propia

Tras el análisis de las condiciones en las que operan estas plataformas podemos afirmar que la mayoría de ellas realizan una oferta muy estandarizada. La duración, que es considerable (en torno a las 2 horas), el tipo de recorrido, el número máximo de personas en el grupo, la política de cancelación, la invitación a reservar, suelen ser muy similares. Prácticamente, lo que las diferencia es el punto de partida y el color del paraguas o de la camiseta que sirve de referencia. En la mayoría de los casos el *free tour* se presenta como reclamo para captar clientes a los que posteriormente se ofrecen otros servicios no gratuitos (la oferta se hace directamente por los guías, o bien, al revisar la reserva del tour gratis aparece automáticamente información de otros tours de pago que pueden interesar para completar la visita). Además, los *free tour* se ofrecen bajo la condición de un número máximo de turistas (lo más habitual son 5 ó 6), de forma que, si el grupo supera dicha cifra, se cobra una tarifa fija por persona. En ese proceso de captación, la reserva de la plaza desempeña un papel crucial.

La conclusión a la que llegamos coincide con la manifestada por MUÑOZ BENITO (2019, pág. 393) cuando afirma que "el modelo gratuito o *free tour* es prácticamente la excepción, ya que en la mayoría de los casos existe una tarifa *Premium* para acceder a servicios más completos, con lo que la gratuidad sirve para captar usuarios para posteriormente ofrecerles previo pago un servicio más completo. Por otra parte, en la mayoría de los casos encontramos una tarifa, aunque no esté previamente fijada que, en muchas ocasiones, será inferior a los precios de mercado". A la misma conclusión llegaron NAVALÓN-GARCÍA y MÍNGUEZ GARCÍA (2016, pág. 277) en su estudio sobre las plataformas de *free tours* que trabajan en Madrid, y LEAL LONDOÑO y MEDINA (2018, págs. 323-341) en su estudio centrado en la ciudad de Barcelona.

4. ¿Existe intrusismo?

4.1. Punto de partida: la consideración de la actividad de guía de turismo como una profesión regulada

La profesión de guía de turismo, en nuestro sistema jurídico, fue objeto de regulación desde fechas muy tempranas. Como explica MELGOSA ARCOS (págs. 2 y 3 del pdf.), ya en el artículo 2 del Real Decreto de 25 de abril de 1928, por el que se crea el Patronato Nacional de Turismo, se contemplaba entre sus funciones la de "llegar a la implantación de Escuelas de Turismo que faciliten personal titulado en el número que se estime preciso, con dominio de los idiomas extranjeros más extendidos y con la debida cultura artística para servir de guías aptos a los

turistas". En una Orden de 21 de noviembre de 1929, se estableció una subdivisión de la profesión en categorías atendiendo al ámbito territorial y conocimientos lingüísticos, distinguiendo entre guías locales, insulares, provinciales, regionales y nacionales. En 1939, una Orden de 15 de diciembre reguló la actuación de los guías libres de turismo, clasificándolos en Intérpretes, Guías, Guías-Intérpretes y Correos. A partir de este momento distintas órdenes ministeriales regularon la profesión, siendo la última la Orden de 31 de enero de 1964, que aprobó el Reglamento para el ejercicio de actividades turístico-informativas privadas. La Orden establecía que, como regla general, el ejercicio de las actividades de guía y Guía-Intérprete no requería un título profesional específico, sino un nombramiento oficial que se obtenía tras superar determinados exámenes, mediante los que se demostraba la capacidad y conocimiento de los interesados, y que autorizaba el desempeño de aquellas actividades en zonas territoriales concretas y especificadas en el propio acto de nombramiento o habilitación; ello sin perjuicio de que, quienes estuvieran en posesión del título expedido por la Escuela Oficial de Turismo, se hallaren facultados para ejercer la actividad profesional de Guía-Intérprete de Turismo y pudieran obtener la correspondiente "tarjeta de identidad", sin necesidad de cumplir otros requisitos. Este reglamento estuvo en vigor hasta su derogación expresa por la Orden de 1 de diciembre de 1995, que en su preámbulo se hizo eco de la nueva distribución de competencias derivada de la Constitución de 1978. Previamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/89, de 6 de julio, había calificado la habilitación como una "licencia" subsiguiente a la acreditación de ciertas aptitudes y conocimientos relacionados con la actividad turística, cuyo otorgamiento estaba directamente vinculado al interés público en la ordenación del turismo que corresponde tutelar a la Comunidad Autónoma ex. art. 148.1.18 de la Constitución. Indirectamente, suponía reconocer que la actividad de guía de turismo era una profesión regulada "no titulada", ya que no se condicionaba a la obtención de determinados títulos académicos cuya competencia corresponde exclusivamente al Estado. A partir de este momento, todas las CC.AA. recogieron esta competencia en sus respectivos Estatutos de Autonomía y aprobaron sus respectivas leyes de turismo. Manteniendo la tradición intervencionista anterior, la normativa autonómica se caracterizó por exigir para ejercer en su territorio una previa habilitación administrativa, para lo cual se exigía superar una prueba de aptitud.

En pocos años la normativa turística autonómica tuvo que ser modificada como consecuencia de la incidencia de dos Directivas comunitarias que tienen por objetivo eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. La primera en el tiempo fue la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reconoce el derecho de los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la Unión Europea a la libre prestación de servicios profesionales en cualquier otro Estado, en el ámbito de las profesiones reguladas, entre las que se cuenta la de guía de turismo (se recoge como profesión "no titulada" en el Anexo VIII del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre). La Directiva define la "profesión regulada" como la actividad profesional para cuyo ejercicio se exige, en virtud de disposición legal, reglamentaria o administrativa estar en posesión de una cualificación profesional, definida ésta como la capacidad para el acceso a una determinada profesión o a su ejercicio, que ven acreditada oficialmente por un título de formación, por un certificado de competencia, por una experiencia profesional formalmente reconocida, o bien por el concurso de más de una de tales circunstancias (art. 5). La Directiva fue posteriormente modificada por la Directiva 2013/55/UE de 20 de noviembre de 2013, transpuesta a nuestro sistema por el RD 581/2017, de 9 de junio. La Directiva modificada estableció la obligación de los Estados miembros de evaluar la proporcionalidad de los requisitos que limitaban el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio y de comunicar a la Comisión los resultados de esa

evaluación, iniciando el "proceso de evaluación recíproca". Dicho proceso implicaba que los Estados miembros debían realizar un análisis de toda su legislación relativa a las profesiones que estaban reguladas en su territorio[27]. Según el art. 81 del RD el informe debe completar específicamente la valoración de la compatibilidad de los requisitos que limitan el acceso a la profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica, con la libertad de establecimiento y prestación de servicios. A estos efectos, la valoración de compatibilidad se ajustará al "test de proporcionalidad" y considerará especialmente: 1.º Que los requisitos no sean directa ni indirectamente discriminatorios por razón de nacionalidad o de lugar de residencia. 2.º Que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general. 3.º Que los requisitos sean adecuados para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

El concepto de "razón imperiosa de interés general" ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma amplia incluyendo entre otros y en lo que afecta a nuestro estudio: la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. A ello hay que añadir que el TJUE ha incluido también el objetivo de "garantizar la calidad de los trabajos"[28].

El segundo gran hito fue la aprobación de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior –conocida como "Directiva de servicios", que, como señala MELGOSA ARCOS (pág. 1 del pdf.) supuso "el cambio de un régimen restrictivo y localista a otro abierto a todo el estado español y a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea". En el considerando 33 se indica que dentro del concepto de "servicios" se incluye a los guías de turismo.

Una de las principales novedades fue la proscripción de supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización salvo cuando se reunieran las condiciones del "test de proporcionalidad", esto es no discriminación, necesidad, sustitución y proporcionalidad, lo que exige analizar si el objetivo perseguido se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (art. 9.1).

El concepto de "razones imperiosas de interés general", que justificaría la "necesidad" de la autorización, se define en el artículo 4 en la forma que acabamos de explicar anteriormente. El listado es abierto, no cerrado, por lo que la doctrina científica consideró que los Estados miembros podrían calificar el concepto de "calidad turística" como una razón imperiosa de interés general "y ello en función de la importancia que para la respectiva economía nacional

[27] El nuevo Reglamento derogó el RD 1837/2008 aunque mantuvo transitoriamente en vigor el Anexo VIII hasta que finalizasen los trabajos de revisión de los mismos por parte de la Comisión Interministerial. A fecha de hoy estos trabajos todavía no han terminado.

[28] La reciente STJUE de 4 de julio de 2019 (Asunto C-377/17) recuerda que " los objetivos de garantizar la calidad de los trabajos y la protección de los consumidores han sido reconocidos por el Tribunal de Justicia como razones imperiosas de interés general (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, EU:C:2000:527, apartado 38; de 8 de septiembre de 2010, Stoß y otros, C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, EU:C:2010:504, apartado 74, y de 15 de octubre de 2015, Grupo Itevelesa y otros, C-168/14, EU:C:2015:685, apartado 74)".

tenga este sector económico" (CORRAL SASTRE, 2017, pág. 45). El problema en la actualidad reside en que, pese a que la Directiva recogió un listado abierto de "razones imperiosas de interés general" e, incluso en el considerando 40 establecía que el concepto podía ir evolucionando con el tiempo, lo cierto es que la Ley española de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, estableció un listado cerrado en el art. 3.11. Además, si bien inicialmente consideraba que concurría la necesidad de la autorización cuando había una razón imperiosa de interés general, posteriormente, y tras la modificación llevada a cabo por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado –LGUM-[29], el nuevo art. 5.b) contiene una redacción mucho más restringida limitada a "razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado"[30].

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la normativa de reconocimiento de cualificaciones profesionales, en la regulación de la actividad de guía de turismo, prima sobre la reguladora del mercado interior tal y como establece el art. 3.1.d) de la Directiva 2006/123/CE[31]. Por lo tanto, los Estados mantiene el poder de calificar una profesión como regulada y de exigir una determinada cualificación profesional. Dicho lo cual, parece observarse una confluencia entre ambas Directivas y es que se aprecia en la Unión europea, también en materia de cualificaciones profesionales, una tendencia hacia un acceso más liberalizado al ejercicio de las profesiones reguladas. La Directiva (UE) 2018/958, de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones[32], vuelve a insistir en que cuando el acceso a actividades por cuenta propia o ajena y su ejercicio estén supeditados al cumplimiento de determinados requisitos relacionados con cualificaciones profesionales específicas, establecidos de forma directa o indirecta por los Estados miembros, es necesario garantizar que dichos requisitos estén justificados por objetivos de interés público, como los que se consideran como tales en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a saber, orden público, seguridad y salud públicas, o por razones imperiosas de interés general, reconocidas como tales en la

[29] En el Anexo de la LGUM los términos autorización, licencia y habilitación son sinónimos. "f) Autorización, licencia o habilitación: cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija a un operador económico con carácter previo para el acceso a una actividad económica o su ejercicio". Además, las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización (artículo 17.1 in fine). Se entenderá que tienen carácter habilitante aquellos registros cuya inscripción es obligatoria para el acceso a la actividad.

[30] En opinión de CORRAL SASTRE (2017, pág. 45), partiendo de la base de que el turismo es competencia exclusiva de las CC.AA., una legislación estatal básica no puede impedir que las CC.AA. a través de una norma con rango de ley tengan en cuenta otras razones imperiosas de interés general. Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017, que ha insistido en el carácter cerrado de las causas incluidas en el art. 17.1. Aclara, sin embargo, que "si bien las CC.AA. han visto restringido el uso de determinados instrumentos de control administrativo previo como es la exigencia de autorizaciones, ello no les impide imponer –en ejercicio de sus competencias y en atención al desarrollo de políticas propias– requisitos materiales al acceso y al ejercicio de las actividades económicas dirigidos a la salvaguarda de aquellos objetivos legítimos que exceden de los enumerados en el artículo 17.1. Requisitos cuyo cumplimiento por los operadores económicos podrá ser controlado por la administración competente a través de otros mecanismos de intervención, previa o posterior, fuera de la autorización. Así, por ejemplo, las razones imperiosas de interés general justificarán la exigencia de mecanismos de intervención previos como son la presentación de declaraciones responsables o de comunicaciones previas, conforme prescriben los apartados segundo a cuarto del referido artículo 17 de la Ley 20/2013".

[31] El artículo 3, apartado 13, de la Ley 17/2009 introduce la definición de "profesión regulada", entendiendo como tal "la actividad o conjunto de actividades profesionales, cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales".

[32] Sobre el test de proporcionalidad y su aplicación en un caso práctico, vid, CÓRDOBA AZCÁRATE, E., y MARTÍN VILLALBA, M.D., (2019), "La aplicación del test de proporcionalidad", *Revista española de Educación Física y Deportes,* núm. 425, págs. 51-64.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cuando adopten nuevas regulaciones sobre profesiones o modifiquen las ya existentes, los Estados miembros deben comparar la medida nacional en cuestión con otras soluciones alternativas, menos restrictivas que permitan alcanzar el mismo objetivo imponiendo menos restricciones. La regulación por medio de actividades reservadas[33] y títulos profesionales protegidos[34] debe considerarse cuando las medidas estén encaminadas a prevenir un riesgo de perjuicio grave para los objetivos de interés público, como sería la salud pública. Estas tendencias necesariamente influirán en las próximas reformas de la normativa autonómica.

4.2. El marco legal de la actividad de guía turístico

Con posterioridad a la aprobación de la Ley 17/2009, y con el fin de adaptarla al nuevo marco normativo, se procedió a la modificación de la mayoría de las leyes y reglamentos autonómicos, con el fin de liberalizar el sector, eliminando las barreras de acceso a la prestación del servicio en los distintos territorios autonómicos no sólo para los guías procedentes de otros territorios de la Unión, como exigía la Directiva de servicios, sino también de los guías oficiales procedentes de las CC.AA. que se veían obligados a solicitar una habilitación en cada comunidad autónoma (MELGOSA ARCOS, pág. 10 del pdf.). El panorama jurídico actual es el siguiente:

- Andalucía: Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía y Decreto 8/2015, de 20 de enero, por el que se regula la actividad de guía de turismo[35].

- Aragón: Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón y Decreto 21/2015, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de guías de turismo.

- Canarias: Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias y Decreto 13/2010, de 11 de febrero, por el que se regula el acceso y ejercicio de la profesión de Guía de Turismo, modificado por Decreto 88/2012, de 15 de noviembre.

- Castilla y León: Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de turismo de Castilla y León y Decreto 5/2016, de 25 de febrero, regula el acceso y ejercicio y actividad de guía de turismo

- Comunidad Valenciana: Ley 15/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana y Decreto 62/1996, de 25 de marzo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el reglamento regulador de la profesión de guía de turismo, modificado por Decreto 10/2013, de 11 de enero para adaptarlo a la Directiva 2006/123/CEE.

[33] Se entiende por "actividades reservadas": una modalidad de regulación de una profesión en la que el acceso a la actividad profesional o grupo de actividades profesionales está reservado, de forma directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a miembros de una profesión regulada con una cualificación profesional específica, incluidos los casos en los que la actividad se comparte con otras profesiones reguladas (art. 3).

[34] Se entiende por "título profesional protegido": una modalidad de regulación de una profesión en la que el uso del título en una actividad profesional o grupo de actividades profesionales está sujeto, de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de una cualificación profesional específica y en la que el uso indebido de dicho título está sujeto a sanciones (art. 3).

[35]En la actualidad, existe un Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de guías de turismo de Andalucía, que establece una mayor exigencia en el nivel de idiomas. El primer borrador, de 22 de mayo de 2019 está disponible en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/19/05/PRIMER%20BORRADOR%2026-04.pdf (última consulta 2 de octubre de 2019).

– Extremadura: Ley 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura y Decreto 37/2015, de 17 de marzo, regula la actividad profesional de guía de turismo.

– Galicia: Ley 7/2011, de 27 de octubre, del Turismo de Galicia y Decreto 73/2015, de 7 de mayo, regula la profesión de guía de turismo.

– Islas Baleares: Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares y Decreto 20/2015, de 17 de abril, de principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de las Islas Baleares y de regulación y clasificación de las empresas y de los establecimientos turísticos.

– La Rioja: Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja y Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de turismo de La Rioja.

– Madrid: Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid y Decreto 18/2017, de 7 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de guías oficiales de turismo de la Comunidad de Madrid.

– Murcia: si bien el Decreto es de 1995 (Decreto 178/1995, por el que se regula la profesión de Guía de Turismo), la Ley 12/2013, de 20 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia. se modificó precisamente por Ley 11/2014, de 27 de noviembre para adaptarse a la normativa comunitaria.

– País Vasco: Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo. Está pendiente de desarrollo reglamentario lo relativo a los requisitos y procedimiento de habilitación de los guías de turismo[36].

Anteriores a dicha fecha son:

– Asturias: Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo y Decreto 59/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la profesión de guía de turismo.

– Cantabria: Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria y Decreto 32/1997, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de actividades turístico-informativas privadas, modificado por Decreto 51/2001, de 24 de julio.

– Castilla-La Mancha: Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha y Decreto 96/2006, de 17 de julio de 2006, de Ordenación de las Profesiones Turísticas en Castilla-La Mancha, modificado por Decreto 349/2008, de 9 de diciembre. Se encuentra en fase de aprobación un nuevo Decreto regulador de la actividad profesional de guía de turismo y de las empresas de información turística[37] .

[36] Por Resolución de 1 de octubre de 2019, se acordó una consulta pública previa a la elaboración del decreto de habilitación de la actividad de guía de turismo en el interior de los elementos catalogados del patrimonio cultural vasco.

[37] En esta página se puede consultar el estado de tramitación del proyecto de Decreto, así como los documentos que lo configuran:

– Cataluña. Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña y Decreto 5/1998, de 7 de enero, sobre la actividad de guía de turismo. Hay que tener en cuenta que este reglamento es anterior a la Ley 13/2002 que adaptó la normativa a la Directiva 2006/123/CEE38.

La reglamentación indicada está en continua evolución. De hecho, en la actualidad dos CC.AA., Castilla-La Mancha y Cataluña, han puesto en marcha el proceso de reforma de las normas reglamentarias, lo que ha provocado un intenso debate en torno al alcance y límites de las exigencias de liberalización del sector que derivan de las Directivas comunitarias.

4.3. La reserva de la actividad de guía turístico: la habilitación

a. La disparidad de regímenes entre los territorios autonómicos

En estos momentos, en todas las CC.AA., con la excepción de Madrid y La Rioja, se mantiene la exigencia de estar en posesión de una habilitación expedida por la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma. Algunas normas autonómicas se han preocupado de justificar, en sus Preámbulos o Exposiciones de Motivos, la necesidad y proporcionalidad del mantenimiento de la exigencia de la habilitación. Lo más habitual es apelar a las razones de imperiosa necesidad de interés general que definen la Directiva de servicios y la Ley de 2009: la defensa, protección y promoción del patrimonio cultural, artístico y natural, (Galicia, País Vasco, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía, islas Baleares), la necesidad de proteger los derechos de los consumidores (País Vasco, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía) o la lucha contra el fraude (Castilla y León). Desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado, se ha puesto en duda que la exigencia de dicha habilitación cumpla con el requisito de ser proporcionada[39]. En el mismo sentido, desde la perspectiva de la Directiva de servicios, BERMEJO

http://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasyempleo/actuaciones/proyecto-de-de-decreto-de-gu%C3%AD-de-turismo-y-empresas-de-informaci%C3%B3n-tur%C3%ADstica.

(última consulta 1 de mayo de 2019).

[38] En 2018 se elaboró un proyecto de Decreto de guía de turismo. La Autoridad Catalana de la competencia emitió un informe previo disponible en:

acco.gencat.cat/web/content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20180831_IR_36_2018_guies_turisme-esp.pdf (última consulta 2 de octubre de 2019). El proyecto de Decreto se podía consultar en la página web (http://empresa.gencat.cat/web/.content/01_-_informacio_departamental/01_-_departament/07_-_normativa/normativa_tramit/projectes_decret/Projecte_activitat_guia_turisme/arxius/20180815_PD_guia_de_turisme.pdf). Sin embargo, a fecha 7 de octubre de 2019 ya no se encuentra disponible. La Generalitat, por su parte, informa de que "La normativa europea obliga a una revisión de la normativa interna. Como consecuencia de esta adaptación, que debe llevar a trabajar bajo el sistema de calidad turística de los servicios, no se convocarán más pruebas para la habilitación de guías de turismo de Cataluña ni se tramitarán reconocimientos de habilitaciones de guías de turismo expedidas por otras administraciones públicas" (https://canalempresa.gencat.cat/es/integraciodepartamentaltramit/tramit/PerTemes/Habilitacio-com-a-guia-de-turisme-de-Catalunya, (última consulta 2 de octubre de 2019).

[39] En el Informe previo elaborado por la Autoridad catalana de la competencia sobre el proyecto de Decreto regulador de la profesión de guía de turismo, actualmente en fase de elaboración, se hace constar que: "Desde una óptica de competencia, el establecimiento de una habilitación para poder prestar los servicios de guía de turismo en determinados lugares y que, por lo tanto, comporta una reserva de actividad a favor de determinados profesionales, funciona como un régimen de autorización administrativa que restringe el acceso y el ejercicio de la actividad en el mercado a determinados profesionales". Por lo tanto, como restricción a la competencia que es, la exigencia de habilitación debería ser necesaria, en el sentido de estar justificada en base a una razón imperiosa de interés general, y proporcional. La ACCO considera que, en este caso, no concurren los presupuestos que justifiquen el mantenimiento de la habilitación para prestar los servicios de guía de turismo en el interior de los monumentos declarados bien cultural de interés nacional y de los museos inscritos en el Registro de Museos de Catalunya. Tampoco la memoria general que acompaña el proyecto de Decreto especifica qué concreto interés general justificaría el establecimiento de este sistema de intervención administrativa

LATRE y ESCARTÍN ESCUDÉ (2017, pág. 507) defienden que "la mera obtención de la cualificación profesional exigida debería bastar para poder ejercer la actividad en todo el territorio estatal cuando se exija disponer de ella para el ejercicio de la actividad turística, sin necesidad de controles previos adicionales, tales como la inscripción en un registro, la colegiación o la obtención de una autorización. Los motivos de garantía de la capacitación de los guías en aras de la lucha contra el fraude y la consecución de los objetivos de calidad del servicio podrían calificarse como razones imperiosas de interés general, pero no resulta tan fácilmente justificable el hecho de que deba de prevalecer el citado régimen de control apriorístico mediante autorización frente a otros mecanismos ciertamente menos intervencionistas como podría ser, por ejemplo, el de comunicación previa."

Se observa en las últimas leyes aprobadas una preocupación por que la legislación sea cada vez menos intervencionista y por adaptarla a una realidad caracterizada por la irrupción de las nuevas tecnologías y los gustos de los consumidores que se caracterizan, como explica el Preámbulo de la Ley de Turismo de la Región de Murcia, por ser "cada día más creadores de sus propios viajes, organizando sus rutas, comprando directamente a través de Internet y exigiendo variedad y calidad en los destinos elegidos". Por estas razones "las empresas tendrán que ser capaces de innovar en producto, en sistemas de organización y en venta. Y la legislación autonómica no puede ser un impedimento para la creatividad empresarial y la búsqueda de los mejores nichos de inversión"[40].

Si en una primera etapa la liberalización consistió en reconocer el derecho a la libre prestación temporal de su actividad a los guías provenientes de terceros Estados miembros de la Unión y de otras CC.AA., en las leyes más recientes (Galicia, Aragón, Murcia, Islas Baleares y Andalucía) se aprecia una tendencia a flexibilizar el procedimiento para obtener la habilitación, pasándose de un sistema donde para obtener la acreditación era necesario superar una prueba de aptitud convocada por la consejería competente y consistente en la realización de unos exámenes sobre unas materias y temarios predeterminados (con el problema de que estas pruebas no se han estado convocando durante años), a un sistema donde lo que se valora es un elenco de titulaciones, credenciales de homologación y certificados, todos ellos oficiales y con validez en

basada en la obtención de una habilitación, más allá del hecho de que se encuentra previsto en el artículo 65 de la Ley 13/2002. Adicionalmente, tampoco se especifica en qué medida la obtención de una habilitación constituye el mecanismo más adecuado para velar "para que la visita pública a los bienes culturales de interés nacional se efectúe en condiciones adecuadas de conservación, conocimiento y difusión". En este sentido, hay que recordar que ninguno de estos motivos constituye una razón imperiosa de interés general reconocida como tal por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que justifique el establecimiento de un régimen de autorización para esta actividad. Tampoco la prestación de unos servicios turísticos de calidad tiene esta calificación. De hecho, si este es el objetivo, plenamente respetable, perseguido por la habilitación, existen otras medidas menos restrictivas con un menor impacto entre los operadores que una reserva de actividad a favor de unos concretos profesionales, y que permitirían alcanzar tal objetivo; sería el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sello de calidad voluntario para aquellos guías de turismo que cumplieran determinados requisitos, la creación de premios destinados a los profesionales, etc. Por lo tanto, la ACCO considera injustificado el mantenimiento de la barrera de entrada en el mercado constituida por el régimen autorizatorio, basado en la obtención de una habilitación". *Vid*, Informe IR 36/2018, elaborado por la Autoridad Catalana de Competencia sobre el Proyecto de Decreto sobre la actividad de guía de turismo, solicitado por el Departament d'Empresa i Coneixement, Fecha informe: 8 de agosto de 2018. Disponible en

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20180831_IR_36_2018_guies_turisme_esp.pdf (última consulta 15 de enero de 2019).

[40] El ánimo liberalizador que inspira a la ley, no le ha llevado al extremo de suprimir la exigencia de la habilitación para el ejercicio de la profesión de guía turístico, que continúa justificándose de forma muy genérica en que "resulta acorde con la libertad de prestación de servicios, en la medida en que se invoca una razón imperiosa de interés general, resulta proporcionada y no discriminatoria".

todo el territorio nacional. La diferencia reside en la actualidad en si la habilitación se consigue o no de forma directa[41].

Una vez obtenida la habilitación, los guías se inscribirán de oficio en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas o en el Registro de Guías de las distintas CCAA, debiendo comunicar a la Consejería, para su inscripción en el Registro correspondiente, el cese temporal o definitivo de la actividad[42]. En algunas CC.AA. el inicio de la actividad exige también realizar una comunicación previa (art. 11 Decreto Extremadura).

Interesa destacar que la falta de convocatorias para la realización de la prueba de aptitud para obtener la habilitación ha impedido en algunas CC.AA. durante muchos años ejercer a los profesionales como guías de turismo, lo que explica que muchos de ellos hayan encontrado una salida en las empresas de *free tours*[43]. Una exigencia del colectivo es no sólo la convocatoria anual de dichas plazas, sino que la normativa autonómica opte por un proceso de habilitación directa.

b. Excepciones a la exigencia de habilitación

Las distintas normativas autonómicas suelen regular la figura del guía de turismo dentro del apartado dedicado a las "profesiones turísticas". Dicha actividad será "profesional" en la medida en que se presten "de manera habitual y retribuida", los servicios de asistencia, acompañamiento e información en materia cultural, artística, histórica y geográfica a los turistas, en sus visitas a museos y demás bienes integrantes del patrimonio cultural del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Salvo en Andalucía, no se define qué se entiende por "habitualidad"[44]. En el Decreto andaluz se establece que "la habitualidad se presumirá respecto de quienes ofrezcan la prestación de este servicio a través de cualquier medio publicitario, o cuando se preste el servicio en dos o más ocasiones dentro del mismo año" (art. 2). En la misma línea, el proyecto de Decreto de Castilla-La Mancha establece que "se entenderá que existe habitualidad cuando se ofrezca la prestación de dichos servicios a través de cualquier medio publicitario" (art. 2.e).

[41] En el caso de Cataluña en la Memoria del proyecto de nuevo Reglamento de Turismo, que no incluía ninguna regulación sustantiva de la actividad de guía de turismo, se reconocía que "actualmente, estamos inmersos en un proceso de liberalización de la actividad de guía de turismo que pasa por la eliminación de la reserva de la actividad en museos y monumentos de acuerdo con la Directiva de Servicios en el mercado interior", pero seguía disponiendo que "mientras no se modifique el arte 65 de la LTC no se puede derogar el decreto 5/1998" y "(...) una vez modificado/derogado el art. 65 de la LTC se introducirá en el reglamento la nueva definición de guía de turismo, ya totalmente liberalizado". El proyecto de Decreto de regulación de la profesión de guía de turismo, actualmente en fase de elaboración, continúa exigiendo la habilitación para ejercer en el interior de museos y monumentos, si bien se inclina por un procedimiento de habilitación directa.

[42] En el Registro de Turismo de Andalucía (art. 18 Decreto de Andalucía); en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Asturias (art. 8 Decreto de Asturias); en el Registro de Guías Turísticas de Cantabria (art. 5 Decreto Cantabria); en el Registro de Turismo de Castilla y León (art. 11 Decreto Castilla y León); en el Registro de Turismo de Aragón (art. 7 Decreto); en el Registro de Turismo de Cataluña (Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña); en el Registro de empresas y actividades turísticas de Extremadura (art. 9 del Decreto); en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia (art. Art. 24 Decreto); en el Registro de Guías de Turismo que existe en cada una de las islas de las Islas Baleares (art. 141 del Reglamento), en el Registro de proveedores de servicios turísticos de la Rioja (art. 212 del Decreto); en Registro de empresas y actividades turísticas de Euskadi (art. 24 de la Ley).

[43] Castilla-La Mancha, por ejemplo, lleva más de 10 años sin realizar convocatorias, pese a que su propia ley les obligaba a hacerlo cada dos años. Vid, por ejemplo, el artículo "La falta de exámenes para guía turístico provoca el incremento de "guías pirata", Cadena Ser, 23 de abril de 2017 (disponible en https://cadenaser.com/emisora/2017/04/23/ser_cuenca/1492952275_618200.html). Analizando las páginas web de las empresas de visitas guiadas que informan de que sus guías son oficiales, sorprende que gran número de ellos han obtenido la habilitación en otras CC.AA.

El concepto de "habitualidad" se utiliza para definir al comerciante individual en el artículo 1 del Código de comercio y al trabajador autónomo, en el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo.

Sin embargo, como regla general[45], no se considera actividad profesional sujeta a la habilitación administrativa:

– La prestación de servicios de información turística realizados en lugares distintos de los establecidos en cada normativa reglamentaria y que, generalmente, son los monumentos declarados bienes culturales de interés nacional, los Museos integrados en el Sistema de Museos de la CA; los Bienes inscritos en el Registro autonómico de Bienes de Interés Cultural; los Bienes inscritos en el Catálogo del Patrimonio Cultural de la CA; los conjuntos histórico-artísticos y demás lugares que por su relevancia histórica, cultural, geográfica o ecológica, figuren en el catálogo o registro correspondiente . Los Decretos de Asturias y de Cantabria incluyen también los espacios naturales protegidos. El Decreto de Castilla-La Mancha hace referencia expresa a los conjuntos históricos de las ciudades declaradas Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO.

– El acompañamiento y asistencia en ruta que no implique la prestación de servicios de información turística sobre dichos bienes.

– Los servicios prestados por personal al servicio de una administración pública o por profesionales de la enseñanza en actividades de acompañamiento institucional o formación del alumnado siempre que no perciban ninguna remuneración por este concepto.

– Los servicios realizados por los empleados de museos o monumentos histórico-artísticos que, en su interior, faciliten información a los visitantes sin percibir retribución por este concepto y sin que ofrezcan sus servicios mediante anuncio o publicidad.

En la comunidad autónoma de Madrid la adaptación a la Directiva 2006/123/CE trajo consigo la supresión de la exigencia de habilitación[46], de forma tal que se distinguen dos formas de ejercer la profesión:

– la de "guía de turismo" que está completamente liberalizada y cuyos servicios pueden prestarse por cualquier persona, guías procedentes de otras CC.AA. o de países de la Unión Europea, y

– la de "guía oficial de turismo" que se define como "la persona física que, habiendo superado las pruebas de acceso para la obtención de la credencial de guía oficial de turismo de la Comunidad de Madrid, presta de manera profesional, habitual y retribuida, los servicios de información, asistencia y acompañamiento en materia cultural, artística, histórica y geográfica, a quienes visitan los bienes integrantes del patrimonio histórico artístico, natural y medioambiental que se encuentran dentro de los límites geográficos de la Comunidad de

[45] La excepción es Extremadura, ya que ni en la ley ni en el Decreto se delimita el ámbito espacial de actuación de los guías de turismo. Únicamente se dice que "El ejercicio de la actividad profesional de guía de turismo en la Comunidad Autónoma de Extremadura estará atribuido exclusivamente a los profesionales que hayan obtenido la habilitación correspondiente de la Administración turística".

[46] En 2009 la Comunidad de Madrid liberalizó el ejercicio de la actividad turístico-informativa a través de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña, que modificó la redacción de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, adaptando esta ley a la Directiva 2006/123/CE, creando la figura del guía oficial de turismo

Madrid" (artículo 2 Decreto)[47]. Las personas que superen la correspondiente prueba oficial obtendrán una credencial que supone el reconocimiento oficial de la capacitación necesaria para ejercer la actividad de guía oficial de turismo de la Comunidad de Madrid mediante la prestación de un servicio de información turística "de calidad". En definitiva, se trata de una especie de "sello de calidad, a la vez que dicha certificación permite acceder a "acciones de formación y perfeccionamiento profesionales, así como beneficiarse de las acciones de fomento y promoción llevadas a cabo por la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 5 del Decreto)[48]. Por esa razón, no está sancionado el ejercicio de la profesión de guía turístico sin estar en posesión de la citada credencial[49].

En La Rioja la prestación de servicios de información, acompañamiento y asistencia a los turistas podrá ser ejercida libremente sin necesidad de habilitación administrativa. No obstante, sólo quien hubiera sido habilitado, mediante un proceso de habilitación directa, podrá utilizar la denominación y tener la consideración de ''Guía de Turismo'' o ''Guía Oficial de Turismo'', denominación que podrá utilizarse indistintamente. Sin embargo, es actividad propia y exclusiva de los guías de turismo la consistente en proporcionar servicios de información y asistencia a los turistas en sus visitas a los bienes que, conforme a lo establecido en la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, tengan la consideración de: a) Bienes de interés cultural. b) Bienes culturales de interés regional. c) Museos de titularidad pública integrados en el Sistema de Museos de La Rioja (art. 194 Reglamento).

Algunas CCAA se han preocupado de indicar de forma expresa que no se precisa habilitación para desarrollar la actividad de información turística en vías o espacios públicos[50]. Respecto de la posibilidad de realizar visitas guiadas con carácter gratuito, sin la preceptiva habilitación, dos normas autonómicas lo prevén de forma expresa, si bien, circunscribiéndola a ámbitos delimitados:

– En Extremadura, se excluye de la exigencia de habilitación a "los voluntarios que desarrollen su labor en entidades de voluntariado social debidamente acreditadas como tales" [art. 2.2.d del Decreto].

[47] El artículo 3 establece que "En virtud de la liberalización establecida en el artículo 20.bis.1 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, los guías de turismo, procedentes de otras Comunidades Autónomas o Estados Miembros de la Unión Europea, podrán ejercer libremente la actividad turístico-informativa en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, no podrán ostentar o utilizar la credencial de guías oficiales de turismo de la Comunidad de Madrid, salvo en el caso de que previamente hayan superado las pruebas de acceso a dicho colectivo".

[48] Los derechos regulados en el art. 5 se reservan para los guías oficiales que han superado las pruebas de aptitud. "El reconocimiento de estos derechos no se aplica a los guías de turismo procedentes de otras Comunidades Autónomas o Estados Miembros de la Unión Europea".

[49] Un portavoz regional comentaba que *"todos aquellos que superen el examen se convertirán en los 'estrella Michelín" de los guías turísticos de la región, pues quedará acreditada su calidad*". Con este Decreto, se daba respuesta a las múltiples y constantes peticiones de regulación por parte de los guías de turismo, quienes consideraban que existía una situación de desregularización de la profesión, un claro intrusismo, además de un agravio comparativo, según precisaba el director general de Turismo, Carlos Chaguaceda. *Vid,* noticia "Llegan los guías estrella Michelín", Diario El Mundo, 2 de febrero de 2017, disponible en https://www.elmundo.es/madrid/2017/02/02/5892242422601dec078b45b7.html (última consulta 10 de enero de 2019). D. Gerardo Rappazzo Amura, representante de la Asociación de Guías de Turismo de Madrid (APIT), en su comparecencia ante la Asamblea de Madrid, el 18 de abril de 2016, a petición del Grupo Parlamentario Podemos Comunidad de Madrid, al objeto de informar sobre situación actual del sector y sus propuestas. (Por vía del artículo 211 del Reglamento de la Asamblea) llega a decir que se ha producido una "uberización" de la profesión. Disponible en http://www.asambleamadrid.es/DDSS%20Legislatura%20X/X-DS-190.pdf (última consulta 15 de enero de 2018).

[50] La Ley de Turismo del País Vasco señala que "Las vías o espacios públicos de libre circulación son siempre espacios de libre prestación de servicios de guía de turismo" (art. 64). En el mismo sentido, art. 65 de la Ley de Turismo de Cataluña.

– En Aragón se admite la posibilidad de que se realicen los servicios de información define como "aquella persona que, sin mediar relación profesional alguna y sin cobrar ningún tipo de salario o retribución fija por su actividad, limita su actuación de información turística a municipios y entidades locales aragonesas cuyo censo sea inferior a quinientos habitantes, en cuyo ámbito territorial quedará exenta de la obligación de contar con la habilitación de Guía de turismo" [art. 2.b) del Decreto].

En relación con los *free tours*, el problema es que aparentemente no existiría una actividad habitual ni una "retribución", por lo que no concurrirían dos requisitos esenciales para apreciar la profesionalidad y, en consecuencia, aplicar la normativa turística. En nuestra opinión, sin embargo, existen argumentos para defender dicha profesionalidad. En primer lugar, y precisamente para evitar la tacha de publicidad engañosa, las mismas plataformas que publicitan tours prestados por empresas o guías aclaran que *free* no significa "gratis" sino libre, lo que significa que el precio ni es fijado inicialmente ni por el proveedor del servicio, sino tras la finalización de la visita guiada y por los consumidores[51]. Así, pues, sí existe un precio[52], pero su abono no puede ser exigido por el guía, quien se arriesga a prestar el servicio a pérdida, lo que podría llegar a calificarse como un acto de competencia desleal[53].

En segundo lugar, existen claros indicios de habitualidad, como el recurso a la publicidad o la identificación corporativa de las empresas y asociaciones. Incluso, algunos guías están dados de alta en la Seguridad Social como autónomos[54].

[51] En 2018 tras recibir denuncias por publicidad desleal, la Autoridad de Estándares Publicitarios del Reino Unido (ASA) anunció medidas para luchar contra los *free tours* y sus "guías" que ofrecen visitas guiadas gratuitas. Al respecto, señala que "Tours can be described as "free" only if consumers are not required to make any payment to attend. Advertisers are permitted to invite or accept discretionary payments provided these are voluntary, and that this is clearly stated in the ad". ASA indica, además, que la publicidad debe indicar también que el guía no se queda enteramente con el dinero de las propinas, en el caso de que tuviera que pagar alguna comisión al anunciante. *Vid,* https://www.asa.org.uk/advice-online/free-walking-tours.html.

[52] Por ejemplo, en la página de Guruwalk se explica que "Un guruwalk es un tour de libre pago, es decir, es completamente gratis reservar, pero el 'guru' espera ser recompensado al final con la cantidad que tú quieras. Algunas personas dan 5€, otras dan 50 US$, tu eliges el precio". Vid, https://www.guruwalk.com/es/walks/32675-carlos-iii-agua-va-piedras-y-un-motin (última consulta, 24 octubre 2019). En Civitatis en el apartado "Precio" se indica "Tú pones el precio. Nuestros guías trabajan exclusivamente en base a las propinas de los asistentes. Al final del tour seréis vosotros los que pongáis el precio al servicio". Disponible en https://www.civitatis.com/es/madrid/visita-guiada-madrid/#precios (última consulta 29 de octubre de 2014). En Madrizarte se indica "Nuestras rutas no son actividades gratuitas, pero tampoco están sujetas a un precio preestablecido. Eres tú quién decides lo que quieres pagar al finalizar el recorrido en función de tu grado de satisfacción". En Histoaventura se dice "¿Cómo funciona una actividad "free"? Es un formato en el cual vosotros decidís el precio que merece la actividad. En vez de establecer nosotros de antemano 8€-10€, que es el coste habitual de las visitas de pago, dejamos que seáis vosotros los que valoréis qué importe nos merecemos en función de vuestro grado de satisfacción. Los guías somos trabajadores autónomos y nuestro único sueldo es el que vosotros nos dais al final del recorrido. Como si al final de mes preguntaseis a vuestro jef@: ¿cuánto valgo? y os diese lo que creyese conveniente.". Disponible en https://www.histoaventura.com/reservas (última consulta 24 de octubre de 2019).

[53]Podría incurrir en un acto de competencia desleal siempre y cuando se cumplieran los requisitos del art. 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: "a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado".

[54] La Instrucción 1/2017, de 3 de abril, de la Dirección General de Turismo, Comercio y Artesanía sobre el régimen jurídico de *free tours* en materia de guías de turismo en Castilla-La Mancha, aprecia que sí existe dicha habitualidad: "pruebas como la publicidad, la identificación corporativa de las empresas y asociaciones, el alta en la Seguridad Social del Trabajador, el ejercicio de rutas establecidas que se venden con la denominación *free tours* para diferenciarlas de las de los guías de turismo, el tratamiento fiscal de esos servicios, etc., lleva a acumular un número notable de indicios racionales de que en muchas ocasiones detrás de esa denominación se pretende realizar un fraude de ley en esas actividades y comportamientos profesionales para evitar el cumplimiento de la legislación vigente". Todo lo anterior

A modo de conclusión, las personas que ofertan *free tours* a través de plataformas a cambio de un precio, aunque sea fijado libremente por el consumidor final, prestan servicios a cambio de retribución y de forma habitual, por lo que resulta de aplicación la normativa turística. Ahora bien, cuestión distinta es que precisen habilitación para ello. Con independencia de que algunas CC.AA. han liberalizado totalmente el servicio, respecto del resto, de una visión integradora de los artículos que definen la figura del profesional guía turístico y las exclusiones de la exigencia de habilitación, se desprende que no es precisa ésta, y, por tanto, no se incurre en intrusismo, cuando, se realizan visitas guiadas de forma realmente gratuita, o cuando realizándose de forma habitual y retribuida no se desarrolla en los lugares reservados por la normativa autonómica a los guías turísticos oficiales[55], o cuando se realiza una mera labor de "acompañamiento" no de información turística.

c. Derechos y obligaciones de los guías oficiales de turismo

La habilitación implica el reconocimiento de unos derechos y unas obligaciones. Por su estrecha relación con el objeto de este estudio, nos interesa destacar los siguientes derechos que tienden a repetirse en las distintas normas autonómicas:

– Tendrán derecho a la retribución de sus servicios, de acuerdo con los precios que libremente establezcan[56].

– Podrán contratar libremente sus servicios con empresas, entidades y particulares, tanto en régimen profesional como laboral[57].

Los guías oficiales tienen las siguientes obligaciones:

– Informar a los usuarios, antes de la contratación del servicio, del precio que será aplicado y del detalle de las partidas de los conceptos que las integran[58]. Hay que tener en cuenta que no existen unas tarifas mínimas de los servicios de guías de turismo establecidas por la normativa administrativa. Al respecto el art. 11 de la Ley 17/2009 prohíbe que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio se supedite a

lleva a dictar una Instrucción donde se indica que la actividad de *free tour* sólo puede ser llevada a cabo mediante guías que cuenten con la correspondiente habilitación legal. Instrucción disponible en:

https://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasyempleo/legislacion/instrucci%C3%B3n-12017-de-3-de-abril-de-la-direcci%C3%B3n-general-de-turismo-comercio-y-artesan%C3%AD-sobre-el. En Sandemans se indica que los *free tours* son prestados por guías locales autónomos asociados a Sandemans. "No tienes que hacer ningún tipo de pago al inicio del tour, sin embargo, las propinas serán bienvenidas por el guía al final del recorrido". Disponible en:

https://www.neweuropetours.eu/es/sandemans-tours/barcelona/tour-gratis-de-barcelona/ (última consulta 29 de octubre de 2019).

[55] Téngase en cuenta, que los sitios reservados no son únicamente el interior de los museos, sino que pueden incluirse también las vías públicas y las visitas desde el exterior de los edificios, si, por ejemplo, toda la ciudad, como sería el caso de Toledo, ha sido calificada como patrimonio histórico (sería el caso de las ciudades calificadas como patrimonio mundial de la humanidad).

[56] Aragón (art. 20 del Decreto); Extremadura (art.14 del Decreto); Madrid (art. 5 del Decreto); Asturias (art. 10 del Decreto); Islas Baleares (art. 146 del Decreto); Castilla-La Mancha (art. 3 del Decreto); La Rioja (art. 200 Reglamento).

[57] Aragón (art. 20 del Decreto); Extremadura (art.14 del Decreto); Castilla y León (art. 6 del Decreto); Islas Baleares (art. 146 del Decreto).

[58] Aragón (art. 21.e del Decreto); Extremadura (art. 15 del Decreto); Madrid (art.4 del Decreto); Castilla y León (art. 7 del Decreto); Cantabria (art. 8 del Decreto); Castilla-La Mancha (art. 4 del Decreto).

"restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas o limitaciones a los descuentos", aunque nuevamente se indica que excepcionalmente sí podrían establecerse si la medida supera el test de proporcionalidad [59].

– Expedir la correspondiente factura, salvo que se ejerza la actividad por cuenta ajena[60].

– Cumplir con las obligaciones empresariales, laborales y fiscales que se requieran para el ejercicio de la profesión. En el proyecto de Decreto de Castilla-La Mancha se indica expresamente que el guía de turismo tiene obligación de "cumplir con las obligaciones de alta en materia tributaria y de Seguridad Social" (art. 5 del Decreto) lo que puede responder al deseo de atender las reclamaciones de las asociaciones profesionales de guías de turismo que denuncian el intrusismo y competencia desleal que suponen los *free tours*[61].

– Comunicar a la Dirección General competente en materia de turismo las altas, bajas y modificaciones en el ejercicio de la actividad profesional de guía, incluidas las temporales cuya duración sea superior a tres meses[62].

[59] La reciente STJUE de 4 de julio de 2019 (Asunto C-377/17) anteriormente comentada, analizaba la normativa alemana que imponía tarifas mínimas y máximas a aparejadores y arquitectos en sus servicios de planificación, pero es aplicable a otros servicios profesionales. Considera que la imposición de tarifas mínimas puede contribuir a limitar el riesgo de que los prestadores de servicios practiquen una competencia basada en la oferta de prestaciones a la baja, que elimine a los operadores que ofrezcan prestaciones de calidad a través de una selección adversa, impidiendo que las prestaciones se ofrezcan a precios insuficientes para garantizar a largo plazo su calidad, especialmente, "en un contexto como el de un mercado que se caracterice por la presencia de un número extremadamente alto de prestadores (…) con el consiguiente riesgo del deterioro de la calidad de los servicios prestados" como podría ser, en la actualidad, el de los guías de turismo, sobre todo tras la entrada de las empresas de visitas guiadas y las plataformas que comercializan sus servicios. En el caso concreto, se desestimaron las pretensiones de la República Federal Alemana con base en que "la prestación de tales servicios no está reservada en Alemania a personas que ejerzan una actividad regulada, por lo que, en cualquier caso, no existe ninguna garantía de que quienes presten tales servicios (…) hayan demostrado su aptitud profesional para ello", no estando sometidas "a un control impuesto por la normativa profesional o por los colegios profesionales, puesto que tales servicios pueden ser prestados por personas que no sean arquitectos o ingenieros y, por tanto, no estén sujetas a una normativa profesional". En nuestro caso, sí estaríamos en presencia de una actividad regulada, por lo que, en aras a mantener la garantía de la calidad del servicio y la protección de los consumidores, las CC.AA. podrían fijar unas tarifas mínimas. Esta sentencia podría tener incidencia en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio cuyo art. 11 prohíbe todas las restricciones a la libertad de precios "tales como tarifas mínimas o máximas".

[60] Aragón (art. 21.e del Decreto); Extremadura (art. 15 del Decreto); Comunidad Valenciana (art. 15 del Decreto); Asturias (art. 11 del Decreto); Andalucía (art. 21 del Decreto); Cantabria (art. 8 del Decreto); Castilla-La Mancha (art. 4 del Decreto); la Rioja (art. 200 del Decreto).

[61] Aragón (art. 21 j del Decreto); Madrid (art. 4 del Decreto); Islas Baleares (art. 145 del Decreto).

[62] Aragón (art. 21 k) del Decreto). En este sentido, tras la reforma introducida por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas urgentes del Estatuto del Trabajador Autónomo, el art. 46 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, permite a los autónomos darse hasta tres veces de alta y de baja en el mismo año y realizar el pago proporcional a la cuota desde la fecha de alta y sin contar la mensualidad completa. A partir de la cuarta alta la Seguridad Social contabilizará el mes completo.

[62] El artículo 2 de la Ley vasca de Turismo define los Canales de oferta turística: "Las personas físicas o jurídicas que, con carácter exclusivo o no, comercialicen o promocionen, o mediante el enlace o alojamiento de contenidos, faciliten la perfección de contratos de reserva de alojamientos o prestación de servicios, para uso turístico. Entre otros, las agencias de viajes; las centrales de reserva; otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación a través de internet u otros sistemas de nuevas tecnologías de información y comunicación; así como la inserción de publicidad en medios de comunicación social, cualquiera que sea su tipología o soporte".

El incumplimiento de estas obligaciones es sancionado por la disciplina turística[63]. Hay que tener en cuenta, que en el caso de que los guías estén ligados por contrato de trabajo con las empresas de visitas guiadas, éstas son también responsables de las infracciones cometidas por los empleados[64].

5. Sobre la existencia de economía sumergida

En los epígrafes anteriores hemos concluido que, de forma muy generalizada, los *free tours* que se ofertan a través de las plataformas digitales se corresponden con una auténtica actividad profesional llevada a cabo por empresas de visitas guiadas o por guías que trabajan a cambio de un precio.

La primera consecuencia de esta afirmación es que sería preciso exigir que el guía entregara una factura o tique, que dejara constancia clara del pago realizado[65].

Desde el punto de vista tributario, las propinas recibidas tienen la consideración de rendimientos de una actividad económica que deben declararse en el Impuesto sobre la Resta de las Personas Físicas (IRPF), tal y como recoge la Dirección General de Tributos en multitud de Consultas.

Desde el punto de vista laboral, el tratamiento de las propinas será diferente en función de que el guía trabaje en régimen de independencia o, por el contrario, se encuentre sometido al poder de dirección de una empresa de visitas guiadas. En el primer caso, como realiza "de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo" sería un trabajador autónomo, ex. artículo 1 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, con la consiguiente obligación de darse de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA). Las propinas tendrían naturaleza de ingresos procedentes de los clientes, pero no repercutirían de forma directa en la cotización, ya que, en el RETA, la cotización no depende de los ingresos, sino que el trabajador elige entre una base mínima y una base máxima. Si el guía prestara servicios por cuenta de una empresa de visitas guiadas y sometida a su control, la relación debería calificarse como laboral. La empresa estaría obligada a abonar los salarios previstos en el convenio colectivo correspondiente a los que se añadirían, entendemos, las propinas aportadas por los clientes. La naturaleza jurídica de las propinas es la propia de una donación del cliente hacia los empleados por el servicio recibido, conforme a lo dispuesto en los arts. 618 y 619 del Código Civil, que no constituyen salario por no provenir del empresario, tal

[63] La Ley de Turismo de Castilla y León lo califica como actividad clandestina (art. 50); también el art. 9 Decreto de Cantabria; el art. 26 de la Ley de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha habla de intrusismo. La Ley de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana lo considera actividad clandestina.

[64] Por ejemplo, el art. 55.1 de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, establece que "serán responsables de las infracciones administrativas en materia turística a título de dolo, culpa o simple inobservancia", los titulares de empresas "de las infracciones cometidas por cualquier persona dependiente de ellos, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que resulten procedentes". Algunas leyes de turismo hacen responsables a las empresas de la falta de habilitación de su personal. Por ejemplo, el art. 109.4 de la Ley de Turismo de Galicia tipifica como falta leve "No poseer personal habilitado legalmente para el ejercicio de un puesto de trabajo, cuando así lo exigiera la normativa turística de aplicación."

[65] Cuando el ejercicio de la profesión exige habilitación, la exigencia de entrega de la factura viene impuesta también por la normativa turística.

como ha establecido desde antiguo la Sala cuarta del Tribunal Supremo[66]. En consecuencia, no se incluyen en las bases de cotización[67].

En la práctica, sin embargo, como consecuencia de que se niega el carácter profesional de tales servicios, en muchos casos los guías no están dados de alta en la Seguridad Social. Un problema añadido es la inexistencia de facturas, lo que dificulta el control real sobre los ingresos obtenidos en concepto de propinas.

En el caso de que no se cumplieran las normas laborales y fiscales, hay que tener en cuenta que podríamos encontrarnos ante el acto de competencia desleal regulado en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, consistente en "prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes". Sería preciso, sin embargo, probar que la ventaja obtenida es "significativa", lo que ocurrirá si como consecuencia del ahorro de costes que deriva de la infracción de las normas laborales y fiscales, se obtiene un provecho objetivo, consistente, por ejemplo, en poder fijar unos precios inferiores en los tours de pago ofertados[68].

Si el dinero obtenido de las propinas no se declara, nos encontraríamos ante un supuesto más de economía sumergida que, paradójicamente, no se oculta, sino que se publicita a través de las plataformas digitales. Precisamente, este carácter público de la información debería facilitar el control por parte de las autoridades implicadas (Inspección de Turismo, Inspección de Hacienda e Inspección de Trabajo).

6. Conclusiones

Salvo algunos pocos casos, como el movimiento *greeter,* el fenómeno de los *free tours* no se enmarca dentro de lo que podría calificarse como "turismo colaborativo", de mero intercambio de experiencias. Las visitas gratuitas son una estrategia de marketing que permite captar clientes para visitas de pago.

El guía no lleva a cabo una actividad altruista, benevolente o amateur, sino una auténtica actividad profesional. El término *free* no significa que la visita sea gratis, sino que el precio es fijado después de la visita por el propio cliente, quien, incluso es libre de no pagar nada. Bajo el nombre de propinas o donaciones, se esconden auténticas contraprestaciones por los servicios prestados que, sin embargo, no pueden ser exigidas por el guía que se ha situado a sí mismo al margen de la legalidad.

Conviene destacar que la aparición de las plataformas digitales, con sus servicios de gestión de reserva y de reputación *on line*, han potenciado extraordinariamente el fenómeno de los *free*

[66] SSTS de 17 de mayo de 1974, 1 de marzo de 1986 y, ya en unificación de doctrina, STS 2654/1991 de 23 de mayo de 1991.

[67] Cuando la propina se transmite de forma directa del cliente al trabajador, como es práctica habitual en los free tours, ni siquiera sería necesario incluirla en nómina, si bien, la exigencia de que el empresario retenga el IRPF lo hace aconsejable.

[68] Según ha interpretado el Tribunal Supremo, el artículo 15.1 protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de normas jurídicas, respecto de aquellos concurrentes que sí las respetan (SSTS 38/2011, de 16 de febrero de 2011 y 304/2017, de 17 de mayo de 2017).

tours. La reserva de la plaza es pieza esencial, ya que garantiza la captación del cliente que será derivado a otros tours de precio fijo. En este nuevo sistema de trabajo, son las opiniones de los clientes las que controlan la calidad del servicio y las que sirvan de acicate para que el guía esté continuamente formándose. Sin embargo, el lado perverso de este control indirecto es que el trabajo del guía y su medio de vida, las propinas, dependan de una opinión subjetiva. El hecho real es que incluso los guías oficiales, ante las dificultades para desarrollar su actividad de forma libre, han terminado por acudir a las plataformas. Todo ello revela la existencia de un colectivo de personas especialmente vulnerable y dependiente de dichas plataformas. Resulta muy elocuente al respecto, el testimonio de uno de los guías entrevistados por Leal Londoño y Medina "la empresa no pierde nada y gana clientes (...), pero nosotros trabajamos por la propina (...)" (2018, pág. 338)[69].

El hecho de publicitarse en plataformas es un indicio de que la actividad que llevan a cabo es habitual. Concurriendo las notas de retribución y habitualidad la consecuencia no puede ser otra que la aplicación de la normativa autonómica reguladora de la actividad de guía de turismo. Ahora bien, guía *free tour* no está automáticamente ligado a intrusismo. En primer lugar, porque la actividad que llevan a cabo no siempre exige habilitación y en segundo lugar, porque, como se ha comprobado en este estudio, un importante número de dichos guías son oficiales.

Para controlar el posible intrusismo, resulta esencial la colaboración entre las consejerías con competencia turística y la policía local, así como con las plataformas de comercialización turística, de modo que exijan a las empresas de información turística y a los guías de turismo que se publicitan en sus plataformas el número de inscripción en el correspondiente Registro, cuando la normativa autonómica lo prevea, para controlar su legalidad, así como para suprimir aquellas que no publiquen su número de inscripción. Tanto para controlar el intrusismo como la economía sumergida, es preciso realizar inspecciones *on line* y las medidas establecidas anteriormente.

Para controlar la aplicación de la normativa administrativa, es esencial también la comunicación interadministrativa, como la que prevé el art. 52 ter de la ley de Extremadura cuando señala que "el órgano que gestione el Registro General de Empresas y Actividades Turísticas de Extremadura debe comunicar las inscripciones de los prestadores de servicios y actividades turísticas a las administraciones tributarias, a los ayuntamientos y al Registro de la Propiedad, para poder llevar un correcto control desde los puntos de vista urbanístico, territorial, medioambiental y tributario".

Si no se estuviera tributando por los ingresos relativos a la actividad de los *free tours*, entrarían dentro de la economía sumergida. Sin embargo, la infracción de las normas laborales y fiscales no supone automáticamente que se cometan actos de competencia desleal. Sería necesario probar que con ello se prevalen de una situación de ventaja significativa.

El hecho de que en muchas CC.AA. no se exija una licencia para poder ejercer la actividad de guía turístico dificulta el control de los ingresos obtenidos por los mismos. Creemos que la exigencia de licencias haría más fácil controlar la actividad y los ingresos de los guías.

[69] Muy elocuente también el testimonio de Cristina Arnal Sáenz en su blog, tras iniciar por cuenta propia, y al margen de las plataformas, un negocio de visitas guiadas en Bruselas: "No pagamos comisiones y no hay uniforme ni jerarquía. Pero de nuevo, no os voy a engañar, tampoco vienen demasiados turistas. Las grandes empresas y sus plataformas de reservas online actúan como una apisonadora que arrasa la Grand Place sin piedad alguna con sus hordas de cientos de reservas por tours, y eliminan cualquier posibilidad de competencia real".

7. Bibliografía

AA.VV. (MONTERO PASCUAL, J. J. Dir) (2017). *La Regulación de la economía colaborativa,* Valencia, Tirant lo Blanch.

AA.VV. (ALFONSO SÁNCHEZ, R.; VALERO TORRIJOS, J. Dir.) (2017). *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

ABRIL SELLARÉS, M. (2013). "Análisis del impacto de la transposición de la directiva Bolkestein en la profesión de los guías de turismo en España". *Redmarka. Revista De Marketing Aplicado*, núm.1, disponible en https://doi.org/10.17979/redma.2014.01.013.4867

ÁLVAREZ CUESTA, H. (2017). *El futuro del Trabajo Vs. El trabajo del Futuro, Implicaciones laborales de la Industria 4.0,* Colex, La Coruña.

BELTRAN I CANGRÒS, A.; Leal L., M. P. (Dir.) (2018). *Plataformas de economía colaborativa: Una Mirada Global*, The OSTELEA School of Tourism and Hospitality.

BERMEJO LATRE, J. L. y Escartín Escudé, V., (2010). "El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. Extra 12.

CASTEL GAYÁN, S., (2011). "Intrusismo y clandestinidad en el sector turístico: una aproximación jurídica", *Revista andaluza de Derecho del Turismo,* núm.5.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Una agenda europea para la economía colaborativa". COM (2016) 356 final. Bruselas 2/6/2016.

CÓRDOBA AZCÁRATE, E. y MARTÍN VILLALBA, M. D., (2019). "La aplicación del test de proporcionalidad", *Revista española de Educación Física y Deportes*, núm. 425.

CORRAL SASTRE, A., (2017). *La liberalización del sector turístico ¿hacia un modelo de turismo sostenible?*, Reus.

CRUZ VILLALÓN, J. (2017). "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, núm.138.

EUROPEAN COMMISSION. "The use of collaborative platforms". Flash Eurobarometer 438. March 2016.

FIGUEROLA PALOMO, M. (2016). "2014, el año de la explosión de la economía colaborativa. Causas y situación actual". *La actividad turística española en 2014*. Madrid: Ed. Síntesis y AECIT. Págs. 101-109.

LEAL LONDOÑO, M. P. y MEDINA, F. X., (2018). "Turismo y economía colaborativa: el caso de los recorridos gratuitos a pie en Barcelona", *Cuadernos de Turismo,* núm. 41.

LUCAS DURÁN, M., (2017). "Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.*

MELGOSA ARCOS, F. J., "La libre prestación del servicio de guía de turismo", disponible en https://deje.ua.es/es/derecho-administrativo/documentos/comunicaciones/la-libre-prestacion-del-servicio-de-guia-de-turismo.pdf, (última consulta 2 de octubre de 2019).

MELGOSA ARCOS, F. J., (2011). "Directiva de Servicios y Turismo: aproximación a la incidencia de la Directiva de Servicios en el marco jurídico del turismo español", *Noticias de la Unión Europea.*

MONTERO PASCUAL, J. J., (2017). *La Regulación de la Economía Colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MUÑOZ BENITO, R., (2019). "Turismo colaborativo, en especial la gastronomía y los guías colaborativos", en AA.VV. (Gonsálbez Pequeño, H. dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Madrid, Wolters Kluwer.

NAVALÓN-GARCÍA, R. y MÍNGUEZ GARCÍA, M. C. (2016). "El desarrollo del fenómeno de los tours gratuitos (free tours) en los destinos culturales. El caso de la ciudad de Madrid", en AA.VV. (Macià Blázquez-Salom, Miquel Mir Gual, Ivan Murray, Guillem X. Pons, coords.), *Turismo y crisis, turismo colaborativo y ecoturismo.*

PARLAMENTO EUROPEO (2016). "Informe sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa", (2016/0000(INI)),

OECD (2018). *"Tourism Trends and Policies 2018".*

RAMALLO MIÑÁN, E., (2015). "El guía turístico, diferencias y similitudes entre las Comunidades Autónomas", *Cuadernos de Turismo*, núm. 35.

Resolución del Parlamento Europeo. "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" (2016/2003(INI)). 15/6/2017.

TODOLI SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa,* Tirant lo Blanch, Valencia.

VILALTA NICUESA, A.E. (2018). "La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa", *Revista crítica de Derecho inmobiliario,* núm. 765.

InDret
2.2020

Poena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo

Laura Pozuelo Pérez
Universidad Autónoma de Madrid
-

Sumario

-
¿Es posible encarcelar a alguien por cometer un hecho que, dada su incapacidad de culpabilidad penal, no era delito? En este trabajo se abordan los problemas derivados de la previsión legal que permite enviar a una prisión de adultos a alguien que, tras ser condenado siendo menor a la medida de internamiento en régimen cerrado, alcanza la edad de 18 o 21 años (con diferentes requisitos en uno u otro supuesto). En efecto, los menores de edad entre 14 y 18 años son penalmente responsables a efectos de la L.O. 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; pero su capacidad de culpabilidad no es plena. Los adolescentes se encuentran inmersos en un proceso de paulatina adquisición de capacidades cognitivas y volitivas que permite afirmar que su capacidad de culpabilidad –a la que denomino "imputabilidad adolescente"- es distinta a la de un adulto: de ello se deriva la exigencia de un tratamiento penal diferente al establecido en el Código penal de adultos. Sin embargo, esta exigencia resulta preterida cuando el menor condenado a internamiento en régimen cerrado cumple los 18 o los 21 años. Internar a estos jóvenes en un lugar demostradamente criminógeno, en el que se abandona la específica intervención educativa propia de la Ley Penal del Menor y donde hay mayor riesgo de victimización, tiene graves consecuencias prácticas. En el origen de todo ello se encuentra una grave contradicción valorativa: encarcelar a alguien por un hecho cometido cuando no reunía el estándar de capacidades cognitivas y volitivas mínimas que integran el principio de culpabilidad hace que lo que inicialmente fue impuesto como medida se acaba convirtiendo de facto en una pena: una poena sine culpa.

Abstract

-
Is it possible to imprison someone for committing an act that, given their lack of criminal culpability at that moment, was not a crime? This article deals with the problems arising from the legal provision that allows young offenders to be sent to an adult prison when they come of age, even though they may have been previously sentenced to a custodial measure. Certainly, minors between 14 and 18 years are criminally responsible according to Ley Orgánica 5/2000, which regulates the criminal responsibility of minors; but their culpability is not complete. Teenagers are gradually acquiring cognitive and volitional abilities, in a process that allows us to affirm that their culpability - which I call "adolescent culpability" - is different than that one of adults. This results in the requirement of a different criminal treatment than the one currently established in the Penal Code. However, this requirement is ignored when the young offender sentenced to a custodial measure reaches the age of 18 or 21 and is sent to prison. Transferring these young adults to a place known to be criminogenic, where the

specific educational intervention of our Juvenile Criminal Law is abandoned and where there is a greater risk of victimization, has severe consequences. In its origin we find a serious dissonance: imprisoning someone for an act committed when they have not yet reached the standard of minimum cognitive and volitional capacities according to the culpability principle, means that the measure initially imposed becomes a penalty de facto: a poena sine culpa.

Abstract

-

Ist es möglich, einen Täter wegen einer Tat ins Gefängnis zu unterbringen, obwohl er zu der Tatzeit schuldunfähig und die Tat damit keine Straftat war? Dieser Beitrag befasst sich mit der Problematik, die sich aus derjenigen gesetzlichen Bestimmung ergibt, die es erlaubt, jemanden, der erst nach seiner Verurteilung als Minderjähriger das Alter von 18 oder 21 Jahren (mit unterschiedlichen Anforderungen in dem einen oder anderen Fall) erreicht hat, in ein Gefängnis zu unterbringen. Gemäß dem Gesetz 5/2000 über die strafrechtliche Verantwortung von Minderjährigen sind Jugendliche zwischen dem 14. und 18. Lebensjahr strafrechtlich verantwortlich. Ihre Schuldfähigkeit ist allerdings eingeschränkt. Denn Heranwachsenden unterliegen einem Prozess stufenweiser Aneignung von kognitiven und volitionalen Fähigkeiten, so dass es sich feststellen lässt, dass sich ihre Schuldfähigkeit – die ich als jugendliche Schuldfähigkeit bezeichne – von der Schuldfähigkeit der Erwachsenen unterscheidet. Daraus ergibt sich das Bedürfnis einer strafrechtlichen Behandlung der Heranwachsenden festzulegen, die sich von der in dem Strafgesetzbuch für die Erwachsene vorgesehene Behandlung unterscheidet. Allerdings scheidet eine solche Sonderbehandlung dann aus, wenn der zu einer Jugendmaßnahme verurteilte Jugendliche, der das Alter von 18 – 21 Jahren erreicht hat, in ein Gefängnis unterbracht werden soll. Die Unterbringung der Herangewachsenen in einem Ort, der sich bekanntlich als kriminogen erwiesen hat, an dem die spezifischen Ausbildungsregel des Jugendstrafgesetzbuches nicht gelten und wo ein hohes Risiko der Viktimisierung besteht, kann schwerwiegende Folgen mit sich bringen. Daher lässt sich hier ein grundlegender Widerspruch feststellen: Eine Einsperrung von Personen, die eine Tat zu einem Zeitpunkt begangen haben, in dem sie das nach dem Schuldprinzip vorausgesetzte Minimum an kognitiven und volitiven Fähigkeiten nicht besaßen, läuft darauf hinaus, dass die zuvor verhängten Maßnahmen zu einer de facto Bestrafung mutieren und damit eine Bestrafung ohne Schuld (poena sine culpa) darstellen.

Title: *Poena sine culpa? When measures become penalties by the mere passage of time*
Titel: *Poena sine culpa? Wenn durch den bloßen Zeitablauf Maßnahmen zu Strafen werden*

-

Palabras clave: Culpabilidad, Derecho penal juvenil, centros de internamiento para menores, prisiones
Keywords: *Culpability, Juvenile Criminal Law, Young Offenders Custodial Centres, Prisons.*
Stichwörter: *Schuld, Jugendstrafrecht, Jugendstrafanstalten, Gefängnis*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.05

InDret

2.2020

Recepción
23/10/2019
-

Aceptación
30/01/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. La imputabilidad adolescente y la necesidad de que los menores de edad sean tratados penalmente de forma diferente a los adultos
3. Los problemas de olvidarse de que deben tratarse penalmente de diferente forma a los menores que a los adultos
3.1. Las razones y opciones del legislador
3.2. Los problemas prácticos de la aplicación del art. 14 LORPM
3.3. Los efectos negativos y potencialmente irreversibles de enviar a los menores de edad a la cárcel
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

La L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor (en adelante LORPM) prevé en su art. 14 la posibilidad de que los menores de edad que hubiesen sido condenados a una medida de internamiento en régimen cerrado puedan terminar de cumplirla en un centro penitenciario, conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria (en adelante LOGP) y el Real Decreto 190/1996 (en adelante RP). Así, cuando cumplan 18 años el juez de menores podrá enviarles a una prisión si la conducta del menor internado no responde a los objetivos propuestos en la sentencia. De forma menos facultativa y algo más automática, cuando el menor haya cumplido 21 años el juez de menores ordenará que la medida de internamiento se siga cumpliendo en un centro penitenciario salvo que concurran alguna de las dos siguientes excepciones:[1] que el juez de menores entienda que, en consideración a las circunstancias que concurran en ese momento, proceda una modificación o una sustitución de la medida (conforme a lo previsto en los arts. 13 y 51 LORPM) o bien que considere más adecuado que permanezca en el centro de internamiento porque el menor está respondiendo a los objetivos propuestos en la sentencia.[2]

Lo anterior significa que la medida de internamiento que se impuso a un sujeto cuando era menor de edad penal (entre 14 y 18 años) puede llegar a *convertirse* en una pena de prisión como las que se imponen a los mayores de 18 años, es decir, a los adultos. Dicho de otro modo, el art. 14 LORPM tiene el efecto de que *las medidas se transformen en penas por el mero transcurso del tiempo*. Evidentemente, si alguien es internado en prisión y su internamiento no se diferencia en nada del que cumplen los condenados a una pena de prisión, es imposible argumentar que dicho internamiento tiene una naturaleza distinta de la pena de prisión, pues está sometido a la normativa penitenciaria y, por tanto, al mismo régimen y condiciones.

¿Resulta esto acorde con los principios de la LORPM y con los principios del Derecho penal? ¿Hay un Derecho penal para menores, otro para adultos y una especie de pasarela entre ambos para determinados supuestos?

Para responder a esta cuestión será necesario abordar antes otras cuestiones, como es la relativa a la imputabilidad o inimputabilidad de los menores entre los 14 y los 18 años y la de si

---

* Autora de contacto: Laura Pozuelo Pérez, laura.pozuelo@uam.es.

[1] Las Circulares FGE 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* y 3/2013, *sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil* establecen otro límite: no podrán ser enviados a prisión los menores que estén cumpliendo una medida de internamiento terapéutico (prevista para menores que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad), basándose, por un lado, en que el art. 14 LORPM sólo se refiera al internamiento en régimen cerrado, y no en régimen abierto, semiabierto o terapéutico y, por otro, en la exigencia contenida en la Observación General 10/2007 respecto que todo niño privado de libertad tendrá que estar separado de los adultos, que ha de operar como criterio restrictivo del art. 14 LORPM, al menos en relación con el internamiento terapéutico.

[2] Hasta la reforma introducida en la LORPM por la LO 8/2006, la edad de posible ingreso en un centro penitenciario se establecía en 23 años pero, como se verá más adelante, este régimen nunca llegó a poder aplicarse.

podemos seguir afirmando, de modo general, que los menores son *diferentes* de los adultos y que, por ello, deben ser tratados penalmente de diferente manera en todo momento.

2. La imputabilidad adolescente y la necesidad de que los menores de edad sean tratados penalmente de forma diferente a los adultos

Legalmente, los menores de 18 años no serán responsables criminalmente conforme al CP (art. 19), pero sí lo serán entre los 14 y los 18 años conforme a lo establecido en la LORPM, tal y como se prevé en su art. 1,[3] en el que se declara también que los menores de 14 años no son penalmente responsables. El art. 5 LORPM señala, además, que los menores entre 14 y 18 años serán responsables siempre que no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad penal previstas en el CP, entre las cuales se encuentran las circunstancias excluyentes de imputabilidad de los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP. Es decir, en los menores entre 14 y 18 años pueden concurrir las mismas causas de inimputabilidad que en los adultos, sólo que con otras consecuencias jurídicas (en estos casos la LORPM prevé la aplicación de medidas de carácter terapéutico).

Resumiendo, se reconoce la responsabilidad penal de los menores entre 14 y 18 años en la LORPM, porque así se establece no sólo en su articulado, sino también en el propio título de la L.O. 5/2000 reguladora de la *responsabilidad penal de los menores*. Y se reconoce, además, la posibilidad de que concurra en esos menores las mismas circunstancias de inimputabilidad previstas en el CP para los adultos.

Pero con lo anterior no queda sin más resuelta la cuestión acerca de si los menores de edad son imputables o inimputables, pues la aplicación de una normativa especial como es la LORPM, que tiene un modelo de intervención penal diferente al de los adultos[4] y que impone consecuencias jurídicas a las que no denomina penas sino medidas, también podría explicarse por el hecho de la diferente capacidad de culpabilidad de los menores frente a aquellos. Esta cuestión ha sido objeto de un intenso debate doctrinal desde hace años, en especial desde la entrada en vigor de la LORPM –dado que introdujo un nuevo modelo de responsabilidad penal de los menores-[5] que trataré de resumir a continuación.

La posición que puede considerarse prácticamente mayoritaria[6] es la que defiende que los menores entre 14 y 18 años son imputables, pero con una imputabilidad disminuida[7] o una

---

[3] Art. 1 LORPM: "*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales*".

[4] Intervención que, como declara expresamente la LORPM, es "formalmente penal y materialmente sancionadora educativa".

[5] Sobre el debate en relación con la imputabilidad-inimputabilidad del menor en anteriores regulaciones, véase ampliamente MARTÍN CRUZ, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, 2004.

[6] Hay posiciones minoritarias como la de BUENO ARÚS («La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», *CDJ*, (XXV), 2005, pp. 310 y 333; EL MISMO, «Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor», *EDJ*, (110), 2006, pp. 351-353) quien sostiene que los menores entre 14 y 18 años no son imputables y que la responsabilidad de la

imputabilidad distinta a la del adulto.[8] En relación con este último planteamiento, señala SILVA SÁNCHEZ que es culpable el sujeto que a la hora de cometer el delito podría haberse comportado

---

LORPM no es de naturaleza penal. Por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ (en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2ª ed., 2019, pp. 138-148) considera que los menores entre 14 y 18 tienen una responsabilidad penal cualitativa y cuantitativamente distinta a la de los adultos que les lleva a tener una responsabilidad penal no plena; por eso este autor habla de co-imputabilidad o corresponsabilidad, pues considera que el sistema social no puede hacer responsable en exclusiva al menor por el hecho delictivo, sino que la responsabilidad se reparte entre el menor y el propio sistema social, que ha fallado en algo si el menor de edad ha llegado a cometer el delito.

[7] CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2000, p. 89, habla de semi-imputabilidad y capacidad de culpabilidad disminuida; CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable, *La Ley,* (6), 1997, p. 6; MARTÍN CRUZ, *Los fundamentos*, 2004, pp. 230-231; EL MISMO, «El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 de modificación de la LORRPM», en JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil,* 2008, p. 127; MACHADO RUIZ, «Minoría de edad e imputabilidad penal», *AP*, (1), 2003, p. 121; 17; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*, 2006, pp. 122, 237-238, 330, 334 y 338-339; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*, 2006, pp. 71 y 77; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, 1998, p. 170; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La reforma de la ley penal del menor por la L.O. 8/2006», *Revista Jurídica de Castilla y León,* (15), 2008, p. 20 –quien habla también de semi-imputabilidad-.

[8] GONZÁLEZ ZORRILLA, «Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad», *Documentación Jurídica,* (1-37/40), 1983, p. 177; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», *CDJ,* (XV), 1996, p. 275; MATALLÍN EVANGELIO, «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *EPC,* (22), 1999-2000, pp. 78, 82-83, 92; TAMARIT SUMALLA, «El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?», *RP,* (8), 2001, pp. 77-78; VAELLO ESQUERDO, «Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley,* (5330), 2001, p. 7; ALASTUEY DOBÓN, «El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000», en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.)*, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, p. 1546; BOLDOVA PASAMAR, «Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español», en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, p. 1557; EL MISMO, «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre», en JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil*, 2008, p. 102; CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, 2002, p. 55; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, 2002, pp. 172-174; TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (eds.), *Menores, Responsabilidad penal y atención psicosocial*, 2004, p. 53; ABEL SOUTO, «Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004», *ADPCP*, (LVII), 2004, p. 79; CANTARERO BANDRÉS, «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad», en CARBONELL MATEU et al. (eds.), *Estudios en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, v. I, 2005 p. 180; LACRUZ LÓPEZ, «Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad», en SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho penal juvenil*, 2005, pp. 170-171; CANO PAÑOS, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y en España,* Barcelona, 2006, pp. 191-192; COLÁS TURÉGANO, «Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, 2006, pp. 101-102; PÉREZ DEL VALLE, «¿Derecho penal de menores como Derecho penal?», *CPC*, (98), 2009, p. 109; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 4ª ed., 2007, p. 38; NAVARRO FRÍAS, «El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores», en SOLA RECHE et al. (coords.) *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, p. 113; DE LA ROSA CORTINA, «Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación», *La Ley Penal*, (36), 2007, p. 50; ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, 2008, p. 441; CÁMARA ARROYO, *Internamiento de menores y sistema penitenciario*, v. II, 2011, p. 533, EL MISMO, «Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19. CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad penal», *ADPCP*, (LXVII), 2014, pp. 275-277; CRUZ MÁRQUEZ, «Presupuestos de la

de otro modo con base en la capacidad de conocer el contenido de injusto de la propia conducta y de adecuar la propia conducta a ese conocimiento; a partir de aquí, considera que los menores de 18 podrían encajar en ese patrón, pero no del mismo modo que un adulto, razón por la cual considera que no se le puede imponer una pena de adulto, sino una pena juvenil, esto es, una sanción diferente que se adecúe a las características de los menores de edad.[9]

> Precisamente la LORPM prevé para los menores medidas que no comparten el mismo fundamento que las penas establecidas por el CP: como señala la propia LORPM la intervención con menores infractores a través de la imposición de las medidas es *"formalmente penal y materialmente sancionadora educativa"*, conforme al *"principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector"*.[10] Lo anterior significa que, en lo relativo al carácter sancionador de las medidas, estas compartirán con las penas los mismos fines, pero las medidas tienen un fin adicional y diferente, el educativo, que no está presente en las penas. Y esta gran diferencia entre medidas y penas se pone de relieve también en su forma y en su modo de ejecución: el catálogo de medidas de la LORPM no sólo es diferente al catálogo de penas del CP –coinciden en pocos casos-[11] sino también en su imposición y en su ejecución, con un amplio margen

---

responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM,* (15), 2011, p. 247; PANTOJA GARCÍA, «Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la ley de responsabilidad penal de los menores», *AFDUAM,* (15), 2011, p. 314; COBOS GÓMEZ DE LINARES, «El art. 19 del CP. ¿Entre la inimputabilidad y la abstención de penar?», *RJUAM*, (25-I), 2012, pp. 116-117; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2019, pp. 347-349; JIMÉNEZ DÍAZ, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *RECPC*, (17-19), 2015, pp. 13 y 24; LA MISMA, «Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 2015, pp. 171-172; MIR PUIG*, Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 612, quien habla de "cierta imputabilidad que permite hacerles capaces de una forma especial de responsabilidad penal"; MARTÍNEZ GARAY, *Memento Penal 2019*, Capítulo 8, Sección 3, nm. 2276 y 2277. Por lo que se refiere a la posición en Alemania, hay que señalar que la ley penal del menor alemana (*Jugendgerichtsgesetz*) en su § 1 sitúa la edad penal del menor entre los 14 y los 18 años, pero el § 3 establece que en ese margen de edad se es penalmente responsable cuando en el momento del acto el sujeto es suficientemente maduro en su desarrollo moral y espiritual para comprender el injusto del hecho y para poder actuar conforme a esa comprensión (en caso contrario, el juez podrá ordenar las mismas medidas que un tribunal de familia). Ello permite afirmar la existencia de una diferente capacidad de culpabilidad de los adolescentes en aquel tramo de edad, que se determinará en función de su mayor o menor madurez o su mayor o menor desarrollo moral y cognitivo. Por esa razón DÜNKEL («Edad de imputabilidad penal y jurisdicción de los tribunales juveniles en Europa», *Revista de Estudios de la Justicia,* (22), 2015, p. 34) habla de *imputabilidad relativa* (sobre el sistema juvenil alemán véanse también, entre otros, STRENG, «§§ 24-31», *Jugendstrafrech*t, 4ª ed., 2010; SCHAFFSTEIN/BEULKE/SWOBODA, «§ 7», *Jugendstrafrecht*, Parte II, Cap. 1, 15ª ed., 2014; LAUE, «§ 3», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *MK-Jugendstrafrechtsgesetz*, 3ª ed., 2017, nm. 1-3; BRUNNER/DÖLLING, *Jugendgerichtsgesetz*, 13ª ed., 2018, pp. 77-82; EISENBERG, «§ 3», *Jugendstrafrechtsgesetz*, 20ª ed., 2018, nm. 15-16b; SCHLEHOFER, «§ 3», en GERTLER/KUNKEL/PUTZKE (eds.), *BeckOK JGG*, 14ª ed., 2019, nm. 3-19. En la doctrina española, sobre el sistema alemán véase CANO PAÑOS, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, pp. 155-160.

[9] SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 167, 169-170, 172, 173-174, quien considera que la pena de adulto no se puede imponer al menor por razones de prevención especial y de prevención general positiva y negativa.

[10] Exposición de Motivos, puntos II. 6 y I.4. En el II.7 se insiste en que la LORPM tiene *"naturaleza de disposición sancionadora"*, pero pretende *"una intervención de naturaleza educativa"*, *"rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos"*.

[11] Se encuentran semejanzas en el internamiento en régimen cerrado, que sería el equivalente de la pena de prisión; en las prestaciones en beneficio de la comunidad, prácticamente idénticas a los trabajos en

de flexibilidad a la hora de adoptarse, de modificarse e incluso de suspenderse,[12] precisamente para atender a ese fin esencialmente educativo que, junto al sancionador, preside las medidas de la LORPM.[13]

Parece sin duda razonable la posición mayoritaria que considera que los menores de edad entre 14 y 18 años son imputables y que esa imputabilidad es *diferente* o *menor* que la de los adultos. No obstante, es necesario abundar más en el fundamento de esa diferencia, dado que la imputabilidad en relación con la edad no es estática, sino dinámica.[14] Dicho con otras palabras, no es un estado, es parte de un proceso de paulatina adquisición de capacidades cognitivas y volitivas. Estar en medio de ese proceso es lo que hace que los adolescentes sean menos maduros desde un punto de vista psicológico y neurobiológico, lo que conduce a que tengan *una diferente capacidad de culpabilidad penal*, y se les atribuya una *menor imputabilidad*, porque aún están evolucionando hacia la edad adulta. No cumplen, por tanto, con el concepto de *culpabilidad* entendido como el estándar de capacidades cognitivas y volitivas mínimas que el CP exige para la imposición de una pena, razón por la cual la LORPM establece unas medidas de diferente contenido y finalidad que las penas; por ello internar a alguien en prisión por un hecho cometido siendo menor de edad se puede considerar *poena sine culpa*.

Es esa imputabilidad evolutiva, dinámica o en construcción, a la que también podríamos llamar *imputabilidad adolescente*, la que conduce ineludiblemente a que el sistema de justicia penal tenga que ser diferente para los menores de edad que para los adultos. Y se trata de una convicción sustentada sobre la base de lo aportado por diferentes disciplinas científicas: desde hace muchas décadas por la Psicología Evolutiva y, más recientemente, por la Neurociencia evolutiva.[15]

La Psicología Evolutiva ha analizado los significativos cambios que se producen en la psique del ser humano desde la infancia hasta la edad adulta, demostrando que los adolescentes son sujetos en plena transformación física y psicológica y, por ello, *inestables tanto desde un punto de vista cognitivo como emocional*. Esta disciplina científica ha mostrado que los adolescentes tienen menor capacidad de control sobre sus estados emocionales, tienen mayor orientación hacia el presente que hacia el futuro, son más impulsivos, y demuestran menor capacidad de

---

beneficio de la comunidad previstos en el CP, y en la inhabilitación absoluta que, como medida, se impone sólo en relación con los delitos terroristas y que para quienes cometieron el delito siendo menores de edad sólo tiene el efecto de impedir el acceso a un cargo o empleo público durante el tiempo de la condena, pero no al de su pérdida definitiva, ya que no se pueden desempeñar cargos o empleos públicos antes de los 18 años.

[12] Art. 13 LORPM.

[13] Sobre la influencia del principio educativo en la determinación de los fines de la intervención penal juvenil, véase Cruz Márquez, *Educación y prevención general*, 2006, pp. 32 ss.; Pérez del Valle, *CPC*, (98), 2009, pp. 105-110; Cano Paños, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, 2006, pp. 185-189; Cano Paños, «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?», *RECPC*, (13-13), 2011, pp. 10, 16-17; Jiménez Díaz, *RECPC*, (17-19), 2015, pp. 29-30; Feijoo Sánchez, en Díaz-Maroto Villarejo (dir.) *Comentarios*, 2ª ed., 2019, pp. 56-59.

[14] Véase en este sentido, Martín Cruz, *Los fundamentos*, 2004, pp. 230-231, quien habla de una capacidad de culpabilidad dinámica, que evoluciona, y que define como "capacidad disminuida de comprender el ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión".

[15] Véase al respecto Pozuelo Pérez, «Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente», *InDret*, (2), 2015.

juicio y de planeamiento a la hora de enfrentarse a una situación problemática. La Psicología Evolutiva también ha puesto de relieve que los adolescentes son más susceptibles a la presión ejercida por parte de sus iguales y, muy en especial, que tienen una percepción del riesgo menor que la de un adulto, lo que les lleva a tener un comportamiento, en términos generales, más temerario.[16]

Por su parte, la Neurociencia evolutiva[17] ha demostrado que el proceso madurativo que ha comenzado en la niñez en determinadas regiones del cerebro continúa a lo largo de la adolescencia y en muchos aspectos no culmina hasta la edad adulta.[18] En especial, el córtex prefrontal, donde se coordinan los procesos y habilidades cognitivas necesarias para la *capacidad de planeamiento o la capacidad de juicio*, es una de las últimas áreas del cerebro en madurar. El hecho de que el cerebro de un adolescente aún no haya madurado como el de un adulto hace que aún no haya podido adquirir las habilidades necesarias para desarrollar la capacidad de inhibición o de análisis reflexivo ante determinadas situaciones, lo que les lleva a adoptar decisiones menos meditadas y más impulsivas.[19] Los desajustes madurativos que tienen lugar en diferentes sistemas neurobiológicos del cerebro de los adolescentes tienen como consecuencia comportamientos más orientados a la búsqueda de sensaciones, a la recompensa inmediata y por ello, a conductas menos reflexivas, más impulsivas y más temerarias.[20]

---

[16] SPEAR, «The adolescent brain and age-related behavioral manifestations», *Neuroscience and Biobehavioral Reviews*, (24), 2000, p. 421; CAUFFMAN/STEINBERG, «(Im)maturity of Judgment in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults», *Behavioral Sciences and the Law*, (18), 2000, pp. 747 ss.; STEINBERG, «Risk Taking in Adolescence. What Changes and Why?», *Annals of the New York Academy of Sciences*, (1021), 2004, pp. 54-55; EL MISMO, «Adolescent Development and Juvenile Justice», *Annual Review of Clinical Psychology*, (5), 2009, p. 52; DELVAL, *El desarrollo humano*, 8ª imp., 2008, pp. 531, 574-575, 577, 582 y 584; LEVICK et al., «The Eight Amendment Evolves: Defining Cruel and Unusual Punishment through the Lens of Childhood and Adolescence», *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, (3-15), 2012, pp. 293 ss. Véase también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *CDJ,* (XV), 1996, pp. 258-264, 281-282; MARTÍN CRUZ, *Los fundamentos*, 2004, pp. 230 ss.; EL MISMO, en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil*, 2008, pp. 134 ss.; VENTAS SASTRE, *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, 2004, pp. 52 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, *AFDUAM*, (15), 2011, pp. 259 ss.; LOEBER/FARRINGTON/REDONDO, «La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta», *REIC,* (9), 2011, pp. 31-32; POZUELO PÉREZ, *InDret*, (2), 2015, p. 4; HOWELL et al., «Delincuencia juvenil en Norteamérica: intervención combinada desde los sistemas de justicia juvenil y adulto», *REIC,* (13), 2015, p. 26.

[17] Véase más ampliamente en POZUELO PÉREZ, *InDret*, (2), 2015, pp. 5-10.

[18] HUTTENLOCHER, «Synaptic Density in Human Frontal Cortex –Developmental Changes and Effect of Aging», *Brain Research*, (163), 1979, p. 202; TAMNES et al., «Brain Maturation in Adolescence and Young Adulthood: Regional Age-Related Changes in Cortical Thickness and White Matter Volume and Microstructure», *Cerebral Cortex*, (20), 2010, p. 534.

[19] GRUBER/YURGELUN/TODD, «Neurobiology and the Law: a Role in Juvenile Justice», *Ohio State Journal of Criminal Law,* (3), 2005, pp. 331, 322-323; HUTTENLOCHER/DABHOLKAR, «Regional Differences in Synaptogenesis in Human Cerebral Cortex», *The Journal of Comparative Neurology* , (387), 1997, pp. 167 y 178; SOWELL et al., «In vivo evidence for post-adolescent brain maturation in frontal and striatal regions», *Nature Neuroscience,* (10-2), 1999, p. 859; GUR, «Brain Maturation in Juveniles: Some Implications for behavior and its control», 2005 (http://www.njjn.org/uploads/digital- library/resource_243.pdf), pp. 5-6, 16; JOHNSON/BLUM/GIEDD, «Adolescent Maturity and the Brain: The Promise and Pitfalls of Neuroscience Research in Adolescent Health Policy», *Journal of Adolescent Health*, (456), 2009, p. 217.

[20] GOGTAY et al., «Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, (21-101), 2004,

En conclusión, lo que nos muestra tanto la Psicología evolutiva como la Neurociencia evolutiva es que a la hora de determinar la capacidad de culpabilidad de un menor de edad nos encontramos con unos factores cognitivos y volitivos que no cumplen los estándares mínimos del Derecho penal de adultos, y esa es la razón por la cual deben ser tratados penalmente de forma diferente a ellos.

> Antes incluso de que estuvieran demostradas las evidencias científicas que se acaban de reseñar, ya la historia había avanzado en ese mismo camino: la *Juvenile Court Act of Illinois* de 1899 creó en Chicago los primeros tribunales penales de menores[21] partiendo de la convicción política de que los menores edad debían recibir penalmente un tratamiento diferente del de los adultos. Esta convicción fue asentándose a lo largo de Estados Unidos y de Europa a lo largo del siglo XX, llegando a convertirse en un estándar internacional que pasó a formar parte de diferentes instrumentos normativos internacionales, a día de hoy suscritos por la mayor parte de los países, incluida por supuesto España.[22]

¿Y cómo situamos las horquillas de edad penal en un lugar o en otro? En ese *continuum* que es el proceso de desarrollo humano podemos diferenciar fases, que varían de una sociedad a otra y de un momento histórico a otro y, con base en ellas, establecer líneas divisorias a partir de las cuales el sujeto deja de ser denominado niño y pasa ser llamado adolescente –o preadolescente entremedias- y, desde el punto de vista legal, accede a determinados derechos y a determinadas responsabilidades.

La decisión de situar esas líneas divisorias en un punto o en otro es política. En este punto es importante distinguir por una parte los *datos de la naturaleza* (las facultades cognitivas y volitivas del menor, diferentes de las del adulto y que evolucionan gradualmente)[23] y por otra la *decisión normativa* que se toma a la luz de esos datos (la atribución de responsabilidad penal, es decir, la consideración como sujeto imputable a los efectos del Código Penal o de la LORPM). En el proceso de la paulatina adquisición de capacidades cognitivas y volitivas no es la naturaleza la que traza un hito y nos dice cuándo un sujeto es imputable: se trata de una decisión legislativa. Esto es, exigir responsabilidad penal a los 10[24], a los 12 o a los 14 años es

---

pp. 8177-8178; KELLEY/SCHOCHET/LANDRY, «Risk Taking and Novelty Seeking in Adolescence», *Annals New York Academy of Sciences*, (1021-19), 2004, p. 28; SAUNDERS, «A Disconnect Between Law and Neuroscience: Modern Brain Science, Media Influences, and Juvenile Justice», *Utah Law Review*, (03:12), 2005, p. 705, p. 85; STEINBERG, *Annual Review of Clinical Psychology,* (5), 2009, p. 57; STEINBERG, «Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?», *Issues in Science and Technology*, 2012, p. 71.

[21] Esta ley establecía unos tribunales específicos (*Juvenile Courts*) para quienes hubieran cometido un delito por debajo los 16 años. (Véase POZUELO PÉREZ, *InDret*, (2), 2015, pp. 2-3).

[22] Así, la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 afirma que "todo niño privado de libertad estará separado de los adultos"; las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985* conciben al menor como "todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto"; y las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990* afirman*: "Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes"*.

[23] Véase en este sentido, TAMARIT SUMALLA, *RP,* (8), 2001, p. 81.

[24] Como sucede, por ejemplo, en Reino Unido (*Crime and Disorder Act* de1998).

una decisión de índole política basada en lo que sabemos sobre esas concretas edades y en lo que podemos esperar de ellas respecto del cumplimiento de las normas penales.

Esto puede apreciarse al comprobar las diferentes edades penales que han existido en el ordenamiento español: durante la vigencia del CP de 1822 se imponía una pena atenuada respecto de la del adulto entre los 7 y los 17 años y entre los 9 años y los 15 años en los CP de 1848 y 1870. Ya en el siglo XX el rango de edad para esa pena atenuada se establecía entre los 9 y los 16 (CP 1928, 1932, 1944 y 1973), los 12 y los 16 años (LO 4/1992, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores), hasta llegar a la actual horquilla de 14 a los 18 años establecida por la LORPM.

Como puede apreciarse, la tendencia histórica es la de exigir responsabilidad a edades cada vez más elevadas, en las que hay un mayor grado de capacidades cognitivas y volitivas, de modo acorde a cómo ha ido cambiando el conocimiento, la visión y las expectativas que se tienen sobre los niños y los adolescentes. En el caso de la LORPM la decisión política, además, se basa en datos sobre la delincuencia de los menores de 14 años y en el principio de intervención mínima, ya que se opta claramente por que la intervención que haya de tener lugar por debajo de esa edad no sea la penal, sino la familiar o la asistencial civil:

> *"la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado."*[25]

Si podemos, entonces, afirmar una imputabilidad menor o distinta de los menores entre 14 y 18 años y la necesidad de que sean tratados penalmente de diferente forma, resulta enormemente extraña la excepcional previsión de que, a causa de un hecho que fue cometido cuando no eran imputables a efectos del Código penal puedan ir a la cárcel como quienes cometen delitos siendo adultos imputables. Esto es, a quienes fueron menores infractores se les enviará a la cárcel para cumplir una medida –que en realidad dejará de serlo y se convertirá *de facto* en pena- una vez alcancen los 18 o los 21 años.

Analicemos a continuación las razones del legislador para enviar a prisión a quienes cometieron delitos siendo menores de edad y cuáles son los costes que conlleva.

3. Los problemas de olvidarse de que deben tratarse penalmente de diferente forma a los menores que a los adultos

3.1. Las razones y opciones del legislador

Ha quedado ya mostrado en los anteriores epígrafes que uno de los pilares sobre los que descansa un derecho penal para menores de edad es que la intervención penal sea diferente porque cometieron el delito *siendo menores de edad*, y esa intervención ha de ser distinta a lo

[25] Exposición de Motivos de la LORPM.

largo de toda su aplicación.[26] De hecho, así lo establece el art. 14.1 LORPM: *"Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia"*.

Pero luego llega la excepción ya señalada para los supuestos en los que al menor le haya sido impuesta una medida de internamiento cerrado. ¿A qué se debe esta excepción? La doctrina ha invocado que el hecho de que estén juntos menores con jóvenes de edad más avanzada genera problemas de convivencia, de vigilancia, de seguridad, de disciplina y de organización interior dentro de los centros,[27] aunque la decisión, sin duda, también se ha adoptado con base en inexcusables razones económicas.[28] Pero, como ha señalado esa misma doctrina, estos problemas se solucionarían con la creación de centros o departamentos de jóvenes donde seguir cumpliendo la medida de internamiento bajo los principios de la LORPM y atendiendo a las especificidades de la concreta edad cumplida[29] -como expresamente recoge el art. 33 RLORPM-[30], sin cargar los costes del problema al menor.[31]

La opción de enviarlos a un centro penitenciario supone una trasgresión consciente del principio básico de todo derecho penal de menores, que constituye un estándar internacional vinculante para España, de tratar penalmente de forma distinta a quienes cometen delitos siendo menores y a quienes los cometen siendo adultos. La intervención de la LORPM ha de atender en todo momento, tanto en el proceso penal como en la ejecución de la medida, a la

---

[26] Como señala García Pérez, «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en Sola Roche et al. (coords.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, p. 53, la existencia de una justicia de menores se basa en el principio de que los delitos cometidos por menores nunca pueden ser tratados como los ejecutados para adultos.

[27] Cervelló Donderis/Colás Turégano, «Cumplimiento de la mayoría de edad penal en la infracción penal y en la medida impuesta», en González Cussac/Cuerda Arnau (coord.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, 2006, p. 69; Feijoo Sánchez, en Díaz-Maroto Villarejo (dir.) *Comentarios*, 2ª ed., 2019, p. 328; Colás Turégano, «Cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas en su aplicación práctica», *RGDP*, (14), 2010, p. 5.

[28] Como señala Feijoo Sánchez, en Díaz-Maroto Villarejo (dir.) *Comentarios*, 2ª ed., 2019, pp. 328-329, la solución lógica habría sido hacer un esfuerzo presupuestario para disponer de centros públicos específicos, pero se optó por una solución más barata al aprovechar los recursos penitenciarios para este fin. Véase. también Colás Turégano, *RGDP*, (14), 2010, p. 6.

[29] Cervelló Donderis/Colás Turégano, en González Cussac/Cuerda Arnau (coord.), *Estudios*, 2006, pp. 67-68; Feijoo Sánchez, en Díaz-Maroto Villarejo (dir.), *Comentarios*, 2ª ed., 2019, pp. 328-329; Sánchez García de Paz, *Revista Jurídica de Castilla y León,* (15), 2008, p. 46; Colás Turégano, *RGDP*, (14), 2010, p. 18; Loeber/Farrington/Redondo, *REIC,* (9), 2011, pp. 32-33, quienes además consideran que el tratamiento penal entre 18 y 24 años en el ámbito penitenciario debe ser realmente diferente de quienes superan esa edad.

[30] Art. 54 LORPM y 33 RLORPM: *"Los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados"*.

[31] Como señala Feijoo Sánchez, en Díaz-Maroto Villarejo (dir.), *Comentarios*, 2ª ed., 2019, p. 329, con esta decisión del legislador "se cargan los costes del conflicto" al menor que no ha querido colaborar y que no se ha esforzado en seguir los objetivos marcados en la sentencia, consiguiéndose el resultado de que "por primera vez en la historia del Derecho penal español nos encontramos ante dos tipos de reclusos: unos que están sufriendo una pena como consecuencia de la comisión culpable de un hecho delictivo y otros que –llamativamente- no están por esa razón en el centro penitenciario, sino por no cumplir determinados objetivos en su evolución vital" (Ibíd., p. 333).

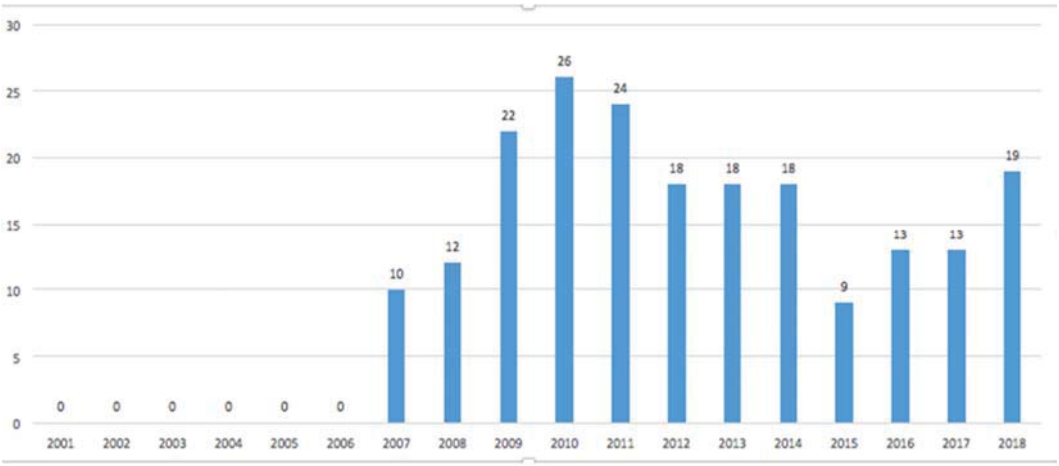
edad que se tuviera en el momento de la comisión del delito, y no se pueden hacer excepciones a dicho principio básico sin desvirtuarlo.

3.2. Los problemas prácticos de la aplicación del art. 14 LORPM

Como se señaló en las primeras páginas, antes de la reforma de 2006 la LORPM preveía la posibilidad de enviar a un centro penitenciario a los menores condenados a una medida de internamiento, pero únicamente una vez hubieran cumplido los 23 años. Lo cierto es que esta previsión no tuvo tiempo de ser aplicada ya que entre la entrada en vigor de la LORPM -enero de 2001-, y la entrada en vigor de la reforma de 2006 –febrero de 2007- *no dio tiempo a que ningún condenado cumpliese los 23 años*. Se puede apreciar fácilmente con un ejemplo: si en febrero de 2001 un joven de 17 años hubiese sido condenado a una medida de internamiento de larga duración no habría cumplido los 23 años hasta 2007, cuando ya había entrado en vigor la reforma, de manera que en ningún caso podría haber sido enviado a un centro penitenciario. Esta es la razón por la que en las memorias FGE los datos de traslados a centros penitenciarios comienzan a constar a partir de 2007.

De esto debe deducirse una conclusión fundamental: los motivos para la reducción de la edad a la que puede ir a prisión alguien condenado por una infracción cometida cuando era menor de edad *no derivaban de problemas que se hubiesen apreciado en la aplicación de la Ley*, pues la puesta en práctica con la legislación anterior no podía arrojar ningún dato, ni positivo ni negativo, acerca de su aplicación.

Para tener una imagen más completa, la evolución de los traslados a centros penitenciarios es la siguiente[32]:



Fuente: elaboración propia a partir de las Memorias FGE

[32] Dado que en las Memorias FGE no se aporta información anual acerca del número de jóvenes de 18 o 21 que estaban cumpliendo medidas de internamiento en régimen cerrado no podemos saber si el número de traslados es alto o bajo. No obstante, las Memorias FGE 2009, 2010 y 2011 señalan que los traslados son escasos o excepcionales e indican que en ocasiones los propios menores solicitan el traslado pensando que en la cárcel tendrán menos obligaciones y disciplina.

En cuanto a los problemas que el art. 14 presenta en la práctica no son escasos ni irrelevantes. Para comenzar, hay **problemas de índole jurisdiccional y procesal**. Así, el art. 44.3 LORPM establece que el Juez de Menores conservará la competencia *"para decidir sobre pervivencia, modificación o sustitución de la medida"* asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria "*el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria."*.

Esto genera no pocos problemas de competencia: en primer lugar, las cuestiones relativas al cumplimiento simultáneo o sucesivo de otras medidas que tuviera pendientes de cumplimiento el menor han de decidirlo conjuntamente el Juez de Menores y el de Vigilancia Penitenciaria.

En segundo lugar, nos encontramos con un importante efecto distorsionante en relación con el régimen penitenciario y la intervención educativa: el cambio de régimen dentro del centro penitenciario por evolución positiva o negativa del sujeto, aunque habitualmente lo decide la Junta de Tratamiento (y de sus resoluciones puede conocer el Juez de Vigilancia), cuando se trata de alguien condenado siendo menor de edad ha de aprobarlo el Juez de menores, ya que se trata de un expediente de sustitución de medida.[33] Y esa evolución del menor, además, ya no es seguida de cerca por los profesionales del Equipo Técnico que trabajan en los centros de menores, quienes están especializados en la intervención educativa que exige la LORPM.

En tercer lugar, el art. 8 RLORPM establece que la competencia de la Administración Penitenciaria "será extensiva a la ejecución de las medidas pendientes de cumplimiento (...) una vez finalizado el internamiento", con lo que se da el absurdo de que sea la Administración penitenciaria quien se ocupe de la ejecución de medidas de la LORPM como asistencia a un centro de día, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, etc., cuyo funcionamiento desconoce por completo pues son competencia de las CCAA.[34]

Y, por último, respecto del día a día, al menor que ha sido trasladado al centro penitenciario le será aplicable la LOGP y el RP para todo lo relativo a su vida dentro él, del mismo modo que si hubiera sido condenado siendo adulto.[35] Y esto incluye cuestiones tan relevantes como el tratamiento: por un lado, ya no tendrá la específica orientación educativa que tenía en el centro de menores y, por otro, aunque la LOGP prevé un tratamiento penitenciario específico para los penados más jóvenes que cometieron delitos siendo adultos y plenamente imputables, como veremos a continuación, no siempre se aplica. Y, por supuesto, estarán sometidos a un sistema disciplinario mucho más duro que el aplicable en el centro de menores.

Lo que se acaba de exponer pone de relieve que la decisión del legislador de 2006 de enviar a los 18 o a los 21 años a la cárcel a quienes habían sido condenados a una medida de internamiento por delitos cometidos antes de la mayoría de edad fue irreflexiva y, por ello, no atendió a las contradicciones y distorsiones que conllevaba su puesta en práctica. Todas ellas consecuencia de decidir sin más que las medidas se puedan *convertir* en penas.

---

[33] Véase NISTAL BURÓN, *La Ley,* (6664), 2007, p. 11-13.

[34] Véase COLÁS TURÉGANO, *RGDP*, (14), 2010, p. 10.

[35] NISTAL BURÓN, «El cumplimiento en centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad. Problemática jurídica», *La Ley*, (6664), 2007, p. 10.

Una vez constatado el hecho de que el legislador ha optado por la posibilidad de enviar a la cárcel a los 18 o a los 21 años a quien cometió un delito siendo menor de edad, es importante saber **cómo son los departamentos para jóvenes en los centros penitenciarios y cómo es el día a día en ellos**. Para ello es necesario comenzar analizando, en primer lugar, la normativa penitenciaria prevista para aquellos que han cometido un delito y han sido condenados a una pena de prisión en los primeros años tras el cumplimiento de la mayoría de edad. Es decir, cómo son los centros donde se juntarán los que cometieron el delito siendo menores pero han alcanzado la mayoría de edad y los que cometieron el delito siendo "jóvenes adultos". Y, en segundo lugar, si la realidad se corresponde con lo previsto en esas normas.

El art. 9.2. de la LOGP establece que los *jóvenes* deberán cumplir la pena de prisión que les haya sido impuesta en departamentos separados de los adultos, y considera como jóvenes a los sujetos entre 18 y 21 años aunque, excepcionalmente, podrán estar en esos departamentos hasta los 25, en función de la personalidad del interno.

Esa separación entre lo que podemos denominar "adultos" y "jóvenes adultos" habrá de tener lugar desde el primer momento, tal y como se establece en el art. 16 LOGP[36], pudiendo solamente ser trasladados a los departamentos de adultos cuando así lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia.[37] Es decir, la regla es la separación entre "adultos" y "jóvenes adultos", siendo lo contrario una excepción. Al menos en teoría, como se verá más adelante.

Por lo que se refiere a la intervención educativa, la normativa penitenciaria también establece que el régimen de vida de los departamentos para "jóvenes adultos" ha de caracterizarse por una acción educativa intensa, que consistirá en una atención y tratamiento personalizados del interno, con un proyecto educativo acorde a las características personales de cada "joven adulto" internado.[38]

¿Se corresponde todo lo que se acaba de exponer con la realidad? Más allá de lo previsto en la normativa penitenciaria, la información acerca de cómo funcionan realmente en la práctica los departamentos penitenciarios de jóvenes es escasa y fragmentada. Por un lado, es escasa la información que se puede obtener por parte de Instituciones Penitenciarias o de los Serveis penitenciaris del Departament de Justícia de la Generalitat de Cataluña;[39] por otro, la información es fragmentada, pues ha de acudirse a otras instancias para completarla, tanto la aportada sobre esta materia por instituciones como el Defensor del Pueblo, como la procedente de trabajos académicos.

---

[36] Art. 16 LOGP: *"cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias de tratamiento. En consecuencia (...) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente."* Por su parte, en el art. 176 RP se establece que *"los módulos o departamentos de jóvenes se diversificarán en distintos tipos según que los internos a ellos destinados se encuentren clasificados en primero, segundo o tercer grado de tratamiento."*

[37] Art. 99 RP.

[38] Arts. 55, 173 y 175 RP.

[39] Que son quienes tienen transferida la competencia de ejecución penitenciaria en Cataluña.

Comenzando por los Informes del Defensor del Pueblo (en adelante IDP), hay que comenzar señalando que la información abarca desde 1985 hasta solamente 2003. Los datos correspondientes a los primeros años ponían de relieve que los departamentos penitenciarios para jóvenes eran claramente defectuosos, sobre todo en lo relativo a la escasez de unidades penitenciarias específicas, que hacía que los "jóvenes adultos" no estuvieran separados de los "adultos", así como la falta de programación educativa y de actividades para aquellos.[40] Naturalmente, hay que enmarcar el estado de estos centros penitenciarios de jóvenes en el contexto de la situación penitenciaria de los años 80, que hubo de afrontar tras el regreso de la democracia una considerable modernización para adaptarse a las exigencias constitucionales y de la LOGP. Con todo, los IDP de 1990 y 1992 seguían señalando carencias en el ámbito de tratamiento y de programas específicos de intervención para los "jóvenes adultos"[41], que continuaron siendo detectados por la institución en los IDP de 1997,[42] de 1999[43] y de 2003. Este último informe revelaba que seguía habiendo carencias en algunos de los centros de jóvenes visitados por la institución, donde destacaban la falta de especialistas de atención sanitaria, los problemas relativos a las condiciones higiénicas o de espacios comunes o la ausencia de separación entre adultos y jóvenes por haber desaparecido el módulo específico para estos últimos.[44] Esta es la última información que aparece en los Informes del Defensor del Pueblo sobre los centros penitenciarios de jóvenes, que no han vuelto a hacer mención alguna sobre ellos desde 2004 hasta la actualidad.

Por lo que se refiere a los escasos trabajos académicos que han abordado el problema de los módulos de "jóvenes adultos" en los centros penitenciarios, éstos ponen de relieve que, pese a que en los arts. 16.d) LOGP y 173 RP, como se ha visto, se prevea que los jóvenes entre 18 y 21 años –y excepcionalmente, hasta los 25- han de estar separados de los adultos en módulos o departamentos de jóvenes, la realidad es que esto sólo sucede en algunas prisiones,[45] donde, además, los programas de intervención con personas reclusas jóvenes se aplican de forma absolutamente insuficiente, no alcanzando ni a una cuarta parte de ellas[46].

3.3. Los efectos negativos y potencialmente irreversibles de enviar a los menores de edad a la cárcel

A estas alturas la Criminología ya ha demostrado suficientemente que la cárcel es criminógena[47] despersonalizadora, desocializadora y estigmatizadora.[48] Como hace tiempo ha

---

[40] IDP 1986, p. 113, IDP 1988, pp. 133-134, 138-142 y 144.

[41] IDP, 1990, p. 172; IDP 1992, pp. 245 ss.

[42] IDP 1997, p. 205.

[43] IDP 1999, p. 193.

[44] IDP 2003, pp. 286-287.

[45] Cid Moliné, «El sistema penitenciario en España», *Jueces para la Democracia*, (45-1), 2002, p. 17, quien señala que "la separación entre jóvenes y adultos no se realiza con las mujeres -que en esto también aparecen discriminadas respecto de los hombres- y se realiza sólo en algunas prisiones por lo que hace a los jóvenes varones".

[46] Cutiño Raya, «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *RECPC*, (17-11), 2015, pp. 28-29: hasta 2006 el programa no se aplicaba y, entre 2007 y 2010, se ha pasado del 4,69% a un 19,02% del total de población presa joven.

[47] Por todos, Cid Moliné, «¿Es la prisión criminógena?, *UNED. RDPC,* (19), 2007, p. 450.

puesto de relieve uno de los más importantes penitenciaristas de España, RÍOS MARTÍN, desde el momento en el que un sujeto entra en una cárcel se produce una ruptura con el mundo exterior que provoca el comienzo de un proceso de distanciamiento y desarraigo, de desamparo y de rechazo social. Estar en una prisión supone una adaptación anormalizadora a un medio social que se caracteriza por la disciplina, la dominación, la obediencia, la sumisión, la tensión en las relaciones, la quiebra del yo y una pérdida definitiva de los roles y estatus sociales anteriores al ingreso en prisión. Al entrar en una cárcel el preso se incorpora a un nuevo sistema social donde no decide, donde todo está preordenado y en el que sólo es una pequeña pieza dentro de una estructura mucho más poderosa, de la que existe una dependencia absoluta, pues es quien reglamenta todas sus actividades: cuándo y qué se come, cuándo se duerme, cuando se tiene ocio o cómo se estructuran y desarrollan las relaciones personales. El resultado es que el preso acaba perdiendo la autonomía y la capacidad de reacción y se altera así la identidad personal y la social, la autoimagen y la conciencia de uno mismo, lo que da lugar a un proceso de infantilización y de pérdida del rol de adulto. Todo ello acaba generando un déficit de autoestima, cuando no una actitud violenta o agresiva, lo cual tiene consecuencias, pues cuando esto sucede, el sistema carcelario reacciona utilizando medios de control y de represión, que aíslan más al preso, impidiéndole acceder a permisos de salida, a visitas, limitando su contacto con el exterior e intensificando los efectos negativos del internamiento.[49]

Y es a ese mundo al que podemos estar enviando a sujetos que acaban de estrenar la mayoría de edad o apenas han llegado a ponerla en práctica por los delitos que cometieron siendo adolescentes.[50] Sin olvidar que, además, el paso a la cárcel pondrá en peligro los logros educativos conseguidos durante el cumplimiento de la medida[51] y que, por su menor edad, tendrán una posición de mayor vulnerabilidad ante la victimización y los abusos[52], pues como ya se ha señalado, la separación entre adultos y jóvenes no se efectúa en todos los casos y los programas de intervención educativa para estos últimos parece que dista mucho de cumplir con las exigencias contenidas en la normativa penitenciaria.

De este modo estamos condenando a esos menores no sólo a una pena, cuando lo que se les impuso fue una medida, sino a una importante reducción de sus posibilidades futuras de una vida normalizada y alejada de la reincidencia.

4. Conclusiones

---

[48] GALLEGO DÍAZ et al., *Andar un km en línea recta*, p. 249.

[49] RÍOS MARTÍN, *CDJ,* (XVII), 2003, pp. 486-490. Ver también, de este mismo autor: *Mil voces presas*, 1998 y *Manual de ejecución penitenciaria defenderse de la cárcel*, 2018. Véase también CABRERA CABRERA, *RMTAS,* (35), 2002, p. 88.

[50] Hablan de los efectos negativos, desocializadores y criminógenos de la cárcel para los menores que son trasladados a ella CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios*, 2006, pp. 67-68; FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, *Comentarios*, 2ª ed., 2019, p. 328; NISTAL BURÓN, *La Ley*, (6664), 2007, p. 15, habla de la influencia perjudicial de los adultos en los jóvenes dentro de las cárceles.

[51] CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios*, 2006, p. 73; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Revista Jurídica de Castilla y León* (15), 2008, p. 46.

[52] FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (dir.), *Comentarios*, 2ª ed., 2019, p. 328.

Cuando hablamos de la capacidad de culpabilidad en relación con la edad tenemos que hablar de una imputabilidad que no es estática, sino dinámica; no se trata de un estado sino de un proceso en el que se van adquiriendo paulatinamente capacidades cognitivas y volitivas. A lo largo de ese proceso es posible diferenciar fases, que varían de una sociedad a otra y de un momento histórico a otro, que permiten establecer líneas divisorias en las que el sujeto pasa de ser denominado niño a ser denominado adolescente, y de ahí, a adulto. Sobre esa base se adoptan decisiones políticas, normativas, como es la atribución de responsabilidad penal a partir de un determinado momento. Esto es, en el proceso de la paulatina adquisición de capacidades cognitivas y volitivas no es la naturaleza la que traza un hito y nos dice cuándo un sujeto es imputable, sino que se trata de una decisión legislativa.

Es entonces esa *imputabilidad adolescente* la que conduce ineludiblemente a que el sistema de justicia penal tenga que ser diferente para los menores de edad que para los adultos. Y no sólo se trata de una convicción sustentada sobre la base de lo aportado por diferentes disciplinas científicas -desde hace muchas décadas por la Psicología Evolutiva y, más recientemente, por la Neurociencia evolutiva- sino que constituye hace tiempo un estándar internacional.

Pero no todas las decisiones legislativas parecen recordar esta convicción, pues la LORPM permite enviar a la cárcel de adultos a partir de los 21 años o incluso desde los 18 a quienes fueron condenados a una medida de internamiento por haber cometido un delito siendo menores de edad. Esto es, a quienes cometieron un hecho *sine culpa*, lo que genera la distorsión y la injusticia de que la medida se esté convirtiendo, por el transcurso del tiempo, en una pena. Y ello tiene importantes consecuencias prácticas: aparte de los problemas procesales y competenciales entre el Juez de Menores y el Juez de Vigilancia penitenciaria en torno a la situación del menor, sus derechos, o el cumplimiento de medidas pendientes –medidas impuestas por delitos cometidos siendo menor, que tendrá que hacer ejecutar un juez de adultos no especializado en ellas-, se abandona la específica intervención educativa propia de la LORPM para pasar a un tratamiento penitenciario que, aunque en teoría también debe tener una orientación educativa con los sujetos entre 18 y 25 años, no sucede en la práctica. Ni siquiera la efectiva separación entre jóvenes y adultos que propugna la normativa penitenciaria. A ello se añade el hecho de que para una persona en aquella horquilla de edad la probabilidad de victimización es muy alta, pues es mucho más vulnerable frente a los abusos.

La cárcel no sólo es criminógena, sino que despersonaliza, desocializa y estigmatiza; por eso debe insistirse una vez más en que una de las principales apuestas de un Derecho penal de menores es que el hecho de tratarlos de forma diferente a los adultos, -siempre y en todo caso, también tras cumplir la mayoría de edad- con una intervención penal pero esencialmente educativa, disminuye las posibilidades de desarrollo de una futura carrera criminal. La decisión de poder enviarlos a la cárcel a mitad de camino supone limitar enormemente –y de forma consciente- ese objetivo: abandonar al menor en manos del sistema penitenciario, además de situarle en una posición de mucha mayor vulnerabilidad, lo que hace es afianzar las posibilidades de una futura reincidencia y con ello de que regresen a él en el futuro.

5. Bibliografía

ABEL SOUTO (2004), «Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004», *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, (LVII), pp. 77 ss.

ALASTUEY DOBÓN (2002), «El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000, en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 1532 ss.

BOLDOVA PASAMAR (2008), «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre», en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, pp. 93 ss.

——— (2002), «Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español», en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, pp. 1550 ss.

BUENO ARÚS (2005), «La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (XXV), pp. 283 ss.

——— (2006), «Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Estudios de Derecho Judicial*, (110), pp. 317 ss.

BRUNNER/DÖLLING (2018), *Jugendgerichtsgesetz*, 13ª ed., De Gruyter, Berlín.

CABRERA CABRERA (2002), «Cárcel y exclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* (35), pp. 83 ss.

CÁMARA ARROYO (2014), «Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19. CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (LXVII), pp. 239 ss.

——— (2011), *Internamiento de menores y sistema penitenciario*, v. II, Ministerio de Interior. Secretaría General Técnica, Madrid.

CANO PAÑOS (2011), «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13-13), pp. 1 ss.

——— (2006) *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y en España,* Atelier, Barcelona.

CANTARERO BANDRÉS (2005), «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad», en CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, v. I, Dykinson, Madrid, pp. 171 ss.

CAUFFMAN/STEINBERG (2000) «(Im)maturity of Judgment in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults», *Behavioral Sciences and the Law*, (18), pp. 741 ss.

CEREZO MIR (2000), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., UNED, Madrid.

CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO (2006), «Cumplimiento de la mayoría de edad penal en la infracción penal y en la medida impuesta», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coord.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universitat Jaume I, Castellón, pp. 55 ss.

——— (2002), *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid.

COBOS GÓMEZ DE LINARES (2012), «El art. 19 del CP. ¿Entre la inimputabilidad y la abstención de penar?», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (25- I), pp. 107 ss.

COLÁS TURÉGANO (2010) «Cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas en su aplicación práctica», *Revista General de Derecho Penal*, (14).

——— (2006), «Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coord.), *Estudios penales sobre la responsabilidad penal del menor*, Universitat Jaume I, Castellón, pp. 79 ss.

CRUZ BLANCA (2002), *Derecho penal de menores*, Ederes, Madrid.

CRUZ MÁRQUEZ (2011) «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (15), pp. 241 ss.

——— (2006), *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid.

CUELLO CONTRERAS/MARTÍNEZ-PEREDA SOTO (1997), «La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable», *La Ley*, (6), pp. 1 ss.

DE LA ROSA CORTINA (2007), «Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación», *La Ley Penal,* (36), pp. 48 ss.

DELVAL, (2008), *El desarrollo humano*, 8ª imp., Siglo XXI de España, Madrid.

DÜNKEL (2015), «Edad de imputabilidad penal y jurisdicción de los tribunales juveniles en Europa», *Revista de Estudios de la Justicia,* (22), pp. 31 ss.

EISENBERG (2018), *Jugendstrafrechtsgesetz*, 20ª ed., C.H. Beck, Múnich.

FEIJOO SÁNCHEZ (2019), en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor.

GALLEGO DÍAZ et al. (2010), *Andar un km en línea recta*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1996), «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (dir.), *Menores privados de libertad*, Madrid, *Cuadernos de Derecho Judicial,* (XV), pp. 249 ss.

GARCÍA PÉREZ (2007) «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en SOLA RECHE et al. (coords.), *Derecho penal y psicología del menor*, Comares, Granada, pp. 25 ss.

GOGTAY et al. (2004) «Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, (21-101), pp. 8174 ss.

GONZÁLEZ ZORRILLA (1983), «Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad», *Documentación Jurídica,* v. 1*,* (37/40), pp. 163 ss.

GRUBER/YURGELUN/TODD (2005) «Neurobiology and the Law: a Role in Juvenile Justice», *Ohio State Journal of Criminal Law,* (3), pp. 321 ss.

GUR (2005), «Brain Maturation in Juveniles: Some Implications for behavior and its control», (http://www.njjn.org/uploads/digital-library/resource_243.pdf), pp. 1 ss.

HOWELL et al., (2015), «Delincuencia juvenil en Norteamérica: intervención combinada desde los sistemas de justicia juvenil y adulto», *Revista Española de Investigación Criminológica,* (13), pp. 1 ss.

HUTTENLOCHER (1979), «Synaptic Density in Human Frontal Cortex –Developmental Changes and Effect of Aging», *Brain Research*, (163), pp. 195 ss.

HUTTENLOCHER/DABHOLKAR (1997), «Regional Differences in Synaptogenesis in Human Cerebral Cortex», *The Journal of Comparative Neurology*, (387), pp. 167 ss.

JIMÉNEZ DÍAZ (2015), «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-19), pp. 1 ss.

———— (2015), «Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 2015, pp. 155 ss.

JOHNSON/BLUM/GIEDD (2009), «Adolescent Maturity and the Brain: The Promise and Pitfalls of Neuroscience Research in Adolescent Health Policy», *Journal of Adolescent Health*, (456), pp. 216 ss.

KELLEY/SCHOCHET/LANDRY (2004), «Risk Taking and Novelty Seeking in Adolescence», *Annals New York Academy of Sciences*, (1021), pp. 27 ss.

LACRUZ LÓPEZ (2005), «Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad», en SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho penal juvenil*, Dykinson, Barcelona, pp. 155 ss.

LAUE (2017), «§ 3», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar*, Jugendstrafrechtsgesetz, 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.

LEVICK et al. (2012), «The Eight Amendment Evolves: Defining Cruel and Unusual Punishment through the Lens of Childhood and Adolescence», *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, (3-15), pp. 285 ss.

LOEBER/FARRINGTON/REDONDO (2011), «La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta», *Revista Española de Investigación Criminológica,* (9), pp. 1 ss.
MACHADO RUIZ (2003), «Minoría de edad e imputabilidad penal», *Actualidad Penal*, (1), pp. 93 ss.

MARTÍN CRUZ (2008), «El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 de modificación de la LORRPM», en JORGE BARREIRO / FEIJÓO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, pp. 117 ss.

——— (2004) *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Comares, Granada, 2004.

MARTÍNEZ GARAY (2019), *Memento Penal 2019*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, Capítulo 8, Sección 3, marginales 2276 y 2277.

MATALLÍN EVANGELIO (1999-2000), «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Estudios Penales y Criminológicos,* (22), pp. 55 ss.

MIR PUIG (2015)*, Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2019), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NAVARRO FRÍAS (2007), «El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores», en SOLA RECHE et al. (coords.), *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, pp. 96 ss.

NISTAL BURÓN (2007), «El cumplimiento en centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad. Problemática jurídica», *La Ley,* (6664), pp. 1 ss.

ORNOSA FERNÁNDEZ (2007), *Derecho penal de menores*, 4ª ed., Bosch, Barcelona.

PANTOJA GARCÍA (2011), «Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la ley de responsabilidad penal de los menores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (15), pp. 307 ss.

PÉREZ JIMÉNEZ (2006), *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ DEL VALLE (2009), «¿Derecho penal de menores como Derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, (98), pp. 101 ss.

RÍOS MARTÍN (2011), *Manual de ejecución penitenciaria defenderse de la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

———— (2003), «Realidad penitenciaria: La justicia penal vista desde las consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial,* (17), pp. 475 ss.

———— (1998), Mil voces presas, Colex, Madrid.

ROCA AGAPITO (2008), *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch Barcelona.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (1998), *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Comares, Granada.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2008), «La reforma de la Ley penal del menor por la LO 8/2006, *Revista Jurídica de Castilla y León,* (15), pp. 13 ss.

SAUNDERS (2005), «A Disconnect Between Law and Neuroscience: Modern Brain Science, Media Influences, and Juvenile Justice», *Utah Law Review*, (03-12), pp. 695 ss.

SCHAFFSTEIN/BEULKE/SWOBODA (2014), *Jugendstrafrecht*, 15ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

SCHLEHOFER (2019), «§ 3», en GERTLER/KUNKEL/PUTZKE (eds.), *BeckOK JugendGerichtsGesetz*, 14ª ed., C.H. Beck, Múnich.

SILVA SÁNCHEZ (1997), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.

SOWELL et al. (1999), «In vivo evidence for post-adolescent brain maturation in frontal and striatal regions», *Nature Neuroscience,* (10-2), pp. 859 ss.

SPEAR (2000), «The adolescent brain and age-related behavioral manifestations», *Neuroscience and Biobehavioral Reviews*, (24), pp. 417 ss.

STEINBERG (2012), «Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?», *Issues in Science and Technology*, pp. 67 ss.

——— (2004), «Risk Taking in Adolescence. What Changes and Why?», *Annals of the New York Academy of Sciences*, (1021), pp. 55 ss.

——— (2009), «Adolescent Development and Juvenile Justice», *Annual Review of Clinical Psychology*, (5), pp. 47 ss.

STRENG (2010), *Jugendstrafrech*t, 4ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

TAMARIT SUMALLA (2001), «El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?», *Revista Penal,* (8), pp. 71 ss.

TAMNES et al. (2010), «Brain Maturation in Adolescence and Young Adulthood: Regional Age-Related Changes in Cortical Thickness and White Matter Volume and Microstructure», *Cerebral Cortex*, (20), pp. 534 ss.

TERRADILLOS BASOCO (2004), «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ/NAVARRO GUZMÁN (eds.), *Menores, Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 47 ss.

VAELLO ESQUERDO (2001), «Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, (5), pp. 1 ss.

VENTAS SASTRE (2004), *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Edersa, Madrid.

InDret
2.2020

M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Carlos Zabala López-Gómez
Universidad Complutense de Madrid
-

Sumario

-

Desde la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español, los tribunales han tenido muy escasas ocasiones de pronunciarse acerca de la aplicación de la sucesión en la responsabilidad penal de la persona jurídica. La cuestión acerca de si debe trasladarse la responsabilidad penal a una persona jurídica que no ha participado ni ha tenido intervención alguna en el delito, plantea importantes problemas técnicos desde la óptica del principio de culpabilidad. La construcción jurídica acerca de la necesidad de realización de due diligence de compliance (pre-acquisition y post-acquisition), como mecanismo para ponderar el traslado de la responsabilidad penal, o para fundamentar ese traslado por no haber controlado esos riesgos, se ha impuesto ya en el sistema estadounidense, británico y francés. Posiblemente, con las debidas particularidades debemos avanzar en esa línea para delimitar en qué casos podrá trasladarse la responsabilidad penal a través de la sucesión y en qué supuestos no será posible.

Abstract

-

Since the Spanish legislator introduced the corporate criminal liability in the Spanish Criminal Code, the Courts have not produced a relevant Case law taking into consideration the successor liability. The issue related to impose criminal penalties to corporations that did not have any relation with the criminal facts, generates important problems from the basic principles of the Criminal Law. The recent theoretical and practical constructions for the necessity of conducting a compliance due diligence in M&A transactions (pre-acquisition y post-acquisition compliance), serve the criminal justice to establish some criteria to transfer the criminal liability to the successor. The system is currently working in the US, UK and more recently in France. Possibly, with some local interpretations this doctrine could be used to apply the successor criminal liability under Spanish legislation.

Abstract

-

Seit der Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im spanischen Strafgesetzbuch haben die Gerichte nur sehr wenige Gelegenheiten, über die Haftungsübertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person zu entscheidenge habt. Die Frage, ob die strafrechtliche Verantwortung auf eine juristische Person übertragen werden soll, die nicht an der Straftatteil genommen hat oder beteiligt war, wirftaus der Sicht des Schuldprinzips wichtige technische Probleme auf. Die rechtliche Konstruktion der Notwendigkeit einer Compliance Due Diligence (Vor- und Nacherwerb) als Mechanismus zur Abwägung der Übertragung strafrechtlicher Verantwortung oder zur Begründung dieser Übertragung, weil diese Risiken nicht kontrolliert wurden, wurde bereits im amerikanischen, britischen und französischen System durch gesetzt. Möglicherweise soll man mit den entsprechenden Besonder heiten in dieser Richtung voran schreiten, um die Fälle abzugrenzen, in denen die strafrechtliche Verantwortung durch Erbfolge übertragen werden soll und in denen dies nicht gerecth fertigt ist.

Title: *M&A and compliance: the successor liability under Spanish legislation*
Titel: *M&A und Compliance: die Übertragung der strafrechtlichenVerantwortlichkeit der juristischen Person nach Spanischem Strafrecht*

-

Palabras clave*:* fusiones y adquisiciones, traslado de la responsabilidad penal, sucesión de empresa, M&A compliance, pre-acquisition y post-acquisition compliance.
Keywords*:* M&A, corporate criminal liability, successor liability, Spanish successor liability, merger and acquisitions, compliance, pre-acquisition, post-acquisition, DPA.
Stichwörter: Fusionen und Übernahmen von Unternehmen; Haftungsübertragung; Haftungsübertragung nach Spanischem Strafrecht; *Compliance* in Fusion- und Übernahmetransaktionen; *Compliance* vor der Übernahme und bei der Weiterentwicklung der Gesellschaft.

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.06

-

InDret

2.2020

Recepción
25/06/2019
-
Aceptación
16/03/2020
-

Índice

1.Introducción: La extinción de la responsabilidad penal de la empresa

1.1 El art. 130.2 CP: la sucesión de la responsabilidad penal

1.2 Las modificaciones que puede experimentar una persona jurídica mencionadas por el art. 130.2 CP: transformación, fusión, escisión y absorción

1.3 Los supuestos de modificación de la persona jurídica no previstos por el legislador penal: extinción y liquidación

1.4 La diferente regulación del Derecho mercantil respecto al Derecho penal: La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

2. El sistema de traslado y extensión de la responsabilidad a la sociedad resultante, en especial, en operaciones de M&A

2.1 El traslado y la extensión de otros tipos de responsabilidad: responsabilidad civil, administrativa y laboral

a. La responsabilidad civil

b. La responsabilidad administrativa

c.La responsabilidad laboral

2.2 La *successor liability* en el sistema estadounidense

3. Los diferentes supuestos de modificación societaria y el mantenimiento de la responsabilidad penal

3.1 Supuestos en los que la sociedad ha sido disuelta, liquidada y extinguida con anterioridad al inicio del procedimiento penal

3.2 Supuestos en los que la sociedad mercantil cesa su actividad o se transforma durante el procedimiento penal

3.3 Supuestos en los que se acuerda la administración o intervención judicial de la empresa y ésta se transforma durante el proceso

4. Compliance como mecanismo defensivo ante la responsabilidad penal de la empresa

4.1 Los procedimientos de due diligence en las operaciones mercantiles. Las nuevas due diligence de compliance -*pre-acquisition compliance*-

4.2 Los procedimientos de compliance posteriores a la operación mercantil -*post-acquisition compliance*-

4.3 Los supuestos de monitoreo e intervención judicial

4.4 El principio de oportunidad y los DPA (*deferred prosecution agreements*)

5. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción: La extinción de la responsabilidad penal de la empresa

El Código penal español en su reforma en 2010 (LO 5/2010) introdujo lo que se ha venido a denominar una cláusula anti-elusión[1] de la responsabilidad penal de la empresa. Concretamente, se recoge en el art. 130.2 CP la norma conforme a la que la "transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión".

Además, se establece por el mismo precepto que la "disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica" tampoco extingue la responsabilidad penal.

Hasta ahora no ha habido ocasión de aplicar el mencionado precepto, por lo que no existen precedentes jurisprudenciales concretos, con pronunciamientos firmes y definitivos, pero próximamente veremos sentencias que sitúen la cuestión y la interpretación del precepto.

Curiosamente, el precepto, contrariamente a lo que sucede con los apartados anteriores del artículo –p. e. la muerte del reo-, no excluye la responsabilidad penal, sino que la incluye, es decir, relata los supuestos en los que no se va a excluir la responsabilidad penal, dejando en una suerte de limbo jurídico-penal aquellos otros que no han sido expresamente previstos, pero que resultan ser supuestos de hecho realmente similares, como son los de liquidación de empresas.[2]

1.1. El art. 130.2 CP: la sucesión de la responsabilidad penal

El Capítulo I del Título VII del Libro Segundo del Código penal incluye una cláusula de cierre de todo el sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica incluido en el Código penal en la reforma operada a través de la LO 5/2010. Posteriormente, tampoco sufrió ninguna modificación en la siguiente reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica operada a través de la LO 1/2015.

El precepto se incluye de forma un tanto paradigmática dentro del capítulo denominado "De las causas que extinguen la responsabilidad criminal", que por decir así hacen decaer la responsabilidad penal. Debemos diferenciar estas circunstancias, que extinguen, de aquellas que aparecen reflejadas en las causas modificativas de la responsabilidad criminal, como son las eximentes y las atenuantes.

∗ Autor de contacto: Carlos Zabala López-Gomez, Carlos.Zabala@cliffordchance.com

[1] FEIJOO SÁNCHEZ, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 298. El autor recuerda como el propio Preámbulo de la reforma de la LO 1/2010 se refería expresamente a este precepto, haciendo referencia a que el mismo intentaba que la responsabilidad penal de la empresa no pudiera ser "burlada".

[2] Críticamente en relación con este precepto, desde siempre en los casos de fusión o escisión de empresas en relación con la incertidumbre generada por el art. 130.2 CP para exigir una determinada responsabilidad penal a entidades que no han participado ni directa ni indirectamente en la comisión de un delito, BANACLOCHE PALAO, «La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción», en BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 180 ss.

El traslado objetivo de responsabilidad a la sociedad resultante, tal y como aparece regulado por el art. 130.2 CP, resulta contrario al tradicional principio de culpabilidad establecido en el art. 5 CP, e incluso resulta difícilmente predicable cualquier adaptación de construcciones modernas de construcción de la culpabilidad basándose en otros criterios como el defecto de organización, debido a que no establece criterio limitador alguno para el traslado de la responsabilidad penal de la empresa.

En este caso, el legislador no optó por construir un régimen especial o un precepto específico para los supuestos en los que la persona jurídica desapareciese por el motivo que fuera. Desde un punto de vista estrictamente antropomórfico[3], se insiste en la cuestión de la "muerte" de la persona jurídica[4], incluyéndose dentro del precepto dedicado a las causas de extinción de la responsabilidad penal, como son la muerte del reo o la prescripción para las personas físicas, la transformación, fusión, absorción o escisión de una empresa, si bien en lugar de extinguirse en este caso la responsabilidad se traslada a la sociedad resultante.

Al igual que sucede en otros preceptos del Código penal, la terminología empleada por el legislador penal dista mucho de ser correcta desde el punto de vista del Derecho mercantil, como así sucede también, por ejemplo, en los delitos relacionados con el mercado de valores (art. 282 bis CP), lo que da lugar a interpretaciones no homogéneas de los conceptos empleados por el legislador en los distintos textos legales.

1.2. Las modificaciones que puede experimentar una persona jurídica mencionadas por el art. 130.2 CP: transformación, fusión, escisión y absorción

Debemos comenzar señalando, como recuerda Quintero Olivares, que lo primero que llama la atención al analizar el art. 130.2 CP, es precisamente que el propio Código penal no hace referencia expresa a la disolución de la empresa, ex art. 360 y ss. LSC.[5] El Código penal no prevé cómo ha de comportarse la persona jurídica en un proceso penal, por ejemplo, cuando se nombra un administrador concursal o un liquidador, o incluso en los supuestos en los que la empresa está siendo administrada o intervenida judicialmente aparte de los supuestos del art. 33.7.g) CP. Tampoco hace referencia alguna a cómo deberá procederse en esos casos en los que la empresa ya está disuelta cuando se inicia el proceso penal.[6]

Todos los supuestos particulares que se pueden dar, al menos los más comunes, serán analizados posteriormente, pero ahora parece necesario hacer una especial mención a los tipos

---

[3] RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, (7561), 2011, pp. 1 ss.

[4] SÁNCHEZ-JUNCO MANS, «art. 130», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010, 3ª ed., 2012, p. 486.

[5] QUINTERO OLIVARES, «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 130 CP)», en EL MISMO (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 117.

[6] Debido, como decimos, a esta concepción "antropomórfica" (RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, (7561), 2011, p. 1.) entendemos, que el Código penal da por hecho que cuando el proceso penal se inicia y la persona jurídica ha sido liquidada y disuelta, no puede dirigirse acción alguna contra dicha persona jurídica. Sin embargo, como después se verá, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sí que insiste en dotar de algún tipo de personalidad jurídica a esas personas jurídicas extinguidas, denominándola "personalidad latente".

de modificación societaria que prevé el legislador que no extinguen la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En primer lugar, nos referimos a los supuestos que el Código denomina un tanto impropiamente como de "transformación", sin indicar si se refiere a una transformación societaria -de sociedad limitada a sociedad anónima, por ejemplo, o un cambio en el accionariado. Partiendo de la autonomía irrenunciable del Derecho penal, simplemente la referencia a transformación de la persona jurídica debía haber resultado suficiente para el legislador penal, pero a fin de realizar un precepto más completo se han incluido determinados tipos de operaciones, lo que únicamente trae confusión a la situación, pues tampoco están claramente delimitadas tales operaciones, y sobre todo, llevan a plantearse que aquellas que no están expresamente mencionadas, por aplicación del principio de legalidad -taxatividad- de la norma jurídico penal, podrían servir para eludir verdaderamente la responsabilidad penal.

En segundo lugar, se refiere el precepto a situaciones de "fusión, absorción", pero no se refiere al supuesto de la compraventa, de la adquisición de la compañía por un nuevo propietario. En estos supuestos, debemos deducir que la posible responsabilidad penal de la empresa permanecerá incólume a los efectos de la aplicación del Código penal, atendiendo al principio de legalidad-taxatividad de la norma jurídico penal, por lo que no podrá extenderse al comprador.

En tercer lugar, el artículo prevé un tercer supuesto que denomina "escisión", pero sin hacer una expresa referencia a qué tipo de operación se refiere el legislador, pero que debería entrar dentro del ámbito de una venta de una rama de actividad, o la separación de una rama de actividad de la empresa. Sin embargo, no especifica este art. 130.2 CP si la responsabilidad penal de la persona jurídica permanecerá en la matriz, se derivará a la rama escindida, o bien responderán ambas sociedades, pues sólo dispone que se "extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión", pero tampoco parece que pueda transmitirse al eventual comprador de la rama de actividad escindida.

Finalmente, nos encontramos también con una cláusula de moderación del traslado de la pena, que parece una incorporación de una suerte de atenuante, consistente en que el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena "en función de la proporción" que la persona jurídica originariamente guarde con la resultante. Esta cláusula de moderación recuerda a la establecida en el art. 65.3 CP, lo que nos lleva a entender que el legislador llega a confundir a la persona jurídica que sucede como el cómplice del delito anteriormente cometido por otra persona jurídica.

1.3. Los supuestos de modificación de la persona jurídica no previstos por el legislador penal: extinción y liquidación

Como se mencionaba anteriormente, lo primero que llama la atención es que el legislador penal procede a enumerar algunas operaciones mercantiles que no extinguen la responsabilidad penal -que incluso se traslada o se extiende-, pero no establece ningún tipo de norma sobre otro tipo de modificaciones societarias, como son la venta de la empresa, o simplemente la disolución de esta, o incluso la disolución judicial de la misma a través de un procedimiento concursal.

El Código penal no establece regulación alguna en lo que se refiere a la extinción y liquidación legal de la sociedad, es decir, sobre lo que debe suceder en los casos en los que cumpliendo estrictamente con la legislación vigente -arts. 360 y ss. LSC- se procede por el órgano de administración de una sociedad a acordar su liquidación y disolución antes incluso de que se inicie un proceso penal en el que pueda aparecer como presuntamente responsable.

Lo único que puede encontrarse en el Código penal relacionado con esta cuestión de la imposibilidad de persecución a la empresa por haberse disuelto, es lo contrario, es decir, supuestos en los que se perseguirá a la persona jurídica pero no a la persona física que actuó en su nombre, incluso en los casos de fallecimiento del investigado persona física-art. 130.1 CP-, como dispone el art. 33 ter CP, liquidadores o adjudicatarios de los bienes sociales. Nada establece el Código penal para la situación contraria, esto es, que se disuelva la persona jurídica y si es que será posible perseguir, por ejemplo, a sus administradores.[7] En todo caso, debido a la disolución de la sociedad, el problema será de carácter civil, y no de carácter penal.

1.4. La diferente regulación del Derecho mercantil respecto al Derecho penal: La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

Una de las cuestiones que más llama la atención acerca de cómo ha regulado el legislador penal la sucesión en la responsabilidad penal es, sin duda, su desconexión con la regulación mercantil, es decir, su completa independencia incluso terminológica. Sin embargo, no parece que haya sido la solución más acertada, toda vez que las cuestiones sobre las que ha de hacerse depender la sucesión o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica en operaciones mercantiles, no manejan conceptos homogeneizados, de ahí la dificultad en la interpretación de las normas jurídicas.

Si partimos de una situación en la que el Derecho penal actúa como eslabón de cierre del ordenamiento jurídico en materia sancionadora, parece lo más lógico y razonable pensar que los conceptos jurídicos empleados por el legislador penal deberán estar alineados con los de otras disciplinas que intervienen en el contexto de la tipicidad penal. De otro modo, nos encontramos con que siguiendo una interpretación auténtica de los términos, debemos considerar que la posible remisión de la normativa a otra normativa extrapenal es errónea.

En el anterior sentido, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, parte de la consideración del Derecho de las sociedades mercantiles, como un sector del ordenamiento jurídico en constante evolución. De ahí que la propia Exposición de Motivos se refiera con la denominación "modificación estructural" a las alteraciones de la sociedad que van más allá de las modificaciones estatutarias y que afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, incluyendo la "transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo".

---

[7] Puede parecer una cuestión obvia, pero no lo es si tenemos en cuenta que, si aceptamos, como así se acepta doctrinal e incluso jurisprudencialmente, la responsabilidad propia de la empresa sin tener en cuenta a los administradores. Por tanto, podría darse la circunstancia de que un delito cometido por la persona jurídica quedase sin castigar por haberse extinguido la persona jurídica, a pesar de que los beneficios del delito pudieran haberse repartido entre los socios o los administradores. Precisamente esto es lo que sucede en algunas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, si bien pudieran ser incardinables esas figuras dentro de otros tipos delictivos como la frustración de la ejecución (art. 257 CP) o el blanqueo de capitales (art. 301 CP).

Es precisamente la cesión global de activo y pasivo, una de las figuras no contempladas por el legislador penal, a la que se refiere también la mencionada Exposición de Motivos, señalando que se separa de la tradicional asimilación a la liquidación para aportar un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas. Curiosamente, contrariamente a lo que establece el art. 130.2 CP, no se refiere la legislación mercantil a supuestos de "absorción", pues la absorción no es más que otro tipo de fusión, concretamente, la fusión por absorción, como por lo demás establece el art. 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril.

Hubiese sido interesante coordinar ambas legislaciones, de tal modo que no aparezca descoordinado todo el ordenamiento jurídico, respecto a determinados conceptos jurídicos como los expuestos, si bien esta cuestión no es en absoluto una novedad.[8] La regulación establecida en la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, será de máxima utilidad, no sólo para interpretar correctamente el art. 130.2 CP, sino también en los aspectos más prácticos de la aplicación del precepto por nuestros tribunales.

Precisamente cuestiones reguladas respecto a los procesos de *fusión* como es el contenido del proyecto común de fusión (art. 31 LME) o el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión (art. 33 LME), o el informe de expertos sobre el proyecto de fusión (art. 34 LME) servirán para acreditar el carácter fraudulento o no de la operación mercantil, o incluso las medidas llevadas a cabo para determinar quién deberá suceder penalmente a la empresa, si se diese el caso.

Lo mismo sucede para el supuesto de la *escisión*, que la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, diferencia en varias clases, como escisión total, escisión parcial o segregación (art. 68 LME), estableciendo diferentes requisitos societarios y, de nuevo, al igual que en la fusión un informe de los administradores de las sociedades participantes sobre el proyecto de escisión (art. 77 LME).

En cuanto a la *cesión global de activo y pasivo*, esta operación mercantil aparece descrita como la transmisión en bloque de todo el patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del socio del cesionario (art. 81 LME). Nuevamente, para este tipo de operación mercantil, la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles establece como requisito un proyecto de cesión global (art. 85 LME) y un informe de los administradores (art. 86 LME).

Finalmente, si como hemos puesto de manifiesto la legislación penal debiera estar coordinada con la legislación mercantil -más aún si tenemos en cuenta la cercanía temporal entre ambas regulaciones de 2009 y 2010-, también sería interesante poder estudiar si pudiera decidirse en el denominado proyecto de fusión, de escisión o de cesión global de activo y pasivo, quién

[8] Al respecto, durante muchos años, e incluso en el Código penal de 1995, se incluyó dentro de los delitos relacionados con el Mercado de Valores, el concepto de títulos-valores, que había ya desaparecido en la Ley del Mercado de Valores de 1988.

deberá asumir la responsabilidad penal por el hecho por el que pudiera responder la persona jurídica.[9]

2. El sistema de traslado y extensión de la responsabilidad a la sociedad resultante, en especial, en operaciones de M&A

Como se ha venido advirtiendo por el legislador, por la doctrina[10] y por la jurisprudencia[11], la responsabilidad penal de la persona jurídica es propia de la empresa en el Código penal español, por lo que algunas operaciones societarias como el cambio de accionistas, de socios o de administradores o directivos, no provocan que se excluya la responsabilidad penal de la persona jurídica, que al tratarse de una responsabilidad propia de la empresa se mantiene aunque cambien los socios o los administradores.

Nos encontramos ante un nuevo sistema de imputación previsto por el Código penal, que supone la modifica en cierto modo tradicional principio de culpabilidad, y que más allá de cuestiones de carácter dogmático, tanto la letra de la ley como la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en los últimos años, nos conduce a la existencia de una culpabilidad propia de la empresa, de la persona jurídica, que se configura de diferentes modos, pero que siempre tiene en común dos factores: que la acción delictiva se realiza por algún dependiente de la empresa y que se produce un beneficio para la empresa por esa acción, o también si la acción tiende objetivamente al mismo.[12]

La existencia de un hecho constitutivo de delito, por el que nace la responsabilidad penal de la persona jurídica, puede producirse en diferentes momentos en el tiempo, como sucede también en la responsabilidad penal de las personas físicas. Por ejemplo, lo que sucede cuando se inicia un procedimiento penal contra una persona que ya ha fallecido (art. 130 CP) o contra una persona que sufre una grave patología contra la que no puede dirigirse el procedimiento, o incluso en los casos en los que el sujeto sufre una patología que lo convierte en incapaz

---

[9] Así sucede, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por el folleto en la legislación del Mercado de Valores, art. 28 LMV, e incluso para el concreto caso de Ofertas Públicas de Adquisición, en los arts. 32 al 37 de Real Decreto 1310/2005, se contiene una regulación sobre el régimen de responsabilidad del folleto.

[10] *Vid*., el análisis de la cuestión desde el Derecho español y comparado, BAJO FERNÁNDEZ, «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 29: "(...) el análisis sistemático de la nueva regulación con la Constitución, el Derecho administrativo sancionador y demás normas del Ordenamiento, conduce a la exigencia de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, lo que implica la prueba de haber cometido un hecho injusto propio, lesivo de bienes jurídicos, objetiva y subjetivamente imputable y una culpabilidad propia como se viene manteniendo incluso por la jurisprudencia administrativa".

[11] Recientemente, reitera esta postura la STS 234/2019, ponente De Porres Ortiz de Urbina, citando la anterior STS 221/2016, ponente Marchena Gómez: "Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015 (...)".

[12] ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «La extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 175. Un análisis de las Circulares de la Fiscalía General del Estado en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, en las que se señala que debe existir una "objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho".

procesal durante la tramitación del proceso penal, denominados de demencia sobrevenida (art. 383 LECrim).[13]

El problema desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que el sujeto pasivo del proceso, el sujeto activo del delito, que es la propia empresa, puede haber mutado en otra, puede haber sido rescatada su actividad principal o subsidiaria, o incluso puede haber sido vendida o transformada. Para regular estos supuestos, el legislador ha utilizado dos verbos nucleares sobre la cuestión: *trasladar* y *extender*. En el primero de los supuestos, éste será el efecto para las operaciones de fusiones y adquisiciones. Para el segundo de ellos, para las escisiones, el legislador prevé que se extienda, es decir, que respondan ambos, lo que resulta ciertamente inexplicable desde el punto de vista técnico, tanto la diferencia en un supuesto y en otro, como el que respondan doblemente por un mismo hecho. Un estudio conjunto del ordenamiento jurídico nos lleva a pensar que nos encontramos ante un supuesto que el Código penal denomina "extender", pero lo que realmente se propone es "derivar", un término empleado ya por otras ramas del ordenamiento jurídico, como a continuación veremos, que tiene su contenido de sentido en que una empresa sucede a otra en la responsabilidad penal.

La cuestión relativa al traslado de la responsabilidad a la sociedad resultante en operaciones de fusiones, adquisiciones o escisiones no resulta extraña, ni para el ordenamiento jurídico español, ni para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en materia de Derecho administrativo, como en material fiscal, así como en materia laboral, mercantil y civil[14], las responsabilidades se trasladan a las entidades resultantes. A modo de ejemplo, nos encontramos con los siguientes:

2.1. El traslado y la extensión de otros tipos de responsabilidad: responsabilidad civil, administrativa y laboral

Uno de los primeros problemas que aparecen al hablar de la extinción de la responsabilidad penal, es cómo va a ser trasladada esa responsabilidad a la sociedad resultante, o extendida a

---

[13] Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha ido poniendo de manifiesto la existencia de determinadas sociedades que no serán capaces de culpa, o que deberán ser consideradas como inimputables, debido a que exista una identidad absoluta entre la persona física y la persona jurídica (supuestos en los que una sociedad unipersonal actúa a través de su único socio y administrador), como supuestos en los que dada la estructura de la sociedad no es posible entender que existe un defecto de organización. ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 166. Por otro lado, la Fiscalía General del Estado, en la *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*, señala que tendrán la consideración de inimputables las personas jurídicas de carácter instrumental que carezcan de una actividad legal o ésta sea meramente residual, y también los supuestos en los que existe un solapamiento de voluntades entre el gestor y la persona jurídica, por la prohibición del principio *non bis in idem* (p. 29).

[14] Sin ánimo de adelantar conclusiones, son estas áreas las más relevantes en materia de *due diligence* en operaciones mercantiles. A través de estas investigaciones se intenta alcanzar precisamente un conocimiento más preciso de la situación legal -jurídica- de la empresa, a parte naturalmente de la *due diligence* sobre el negocio. La correcta realización de esta investigación –*due diligence*- es la que hace que se traslade la responsabilidad, por ejemplo, en materia tributaria. ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 198. Se plantea una *due diligence* sobre asuntos penales, si bien lo que parece que se impone en la práctica no es sólo una *due diligence* sobre los posibles procedimientos, sino precisamente una *due diligence* sobre la "cultura de cumplimiento", o en definitiva el grado de implicación en políticas de cumplimiento normativo que tiene establecidas la persona jurídica.

aquella sociedad que ha adquirido la rama de actividad. A modo de ejemplo, en un caso de fusión o adquisición clásico -M&A en su terminología anglosajona- nos encontramos con la sociedad A que ha obtenido una concesión para explotar un polideportivo municipal durante los próximos veinte años, tras haberle abonado al Concejal de Deportes una cuantiosa suma de dinero a cambio de la ilícita adjudicación, siendo los hechos constitutivos de un delito de cohecho y de prevaricación administrativa. Poco tiempo después, una gran multinacional dedicada a las cadenas de gimnasios adquiere la sociedad A y continúa con la actividad. Cinco años después, se incoa un procedimiento penal contra el Concejal de Deportes por cohecho y prevaricación, y se imputa tanto al antiguo propietario y administrador único de A como a la propia persona jurídica A (a esta última sólo por cohecho, al no estar el delito de prevaricación entre aquellos que pueden originar la responsabilidad de los entes colectivos). Para el supuesto de la escisión, nos encontramos con que la propia empresa A tiene otras actividades y decide escindir una rama de actividad, creando otra sociedad C, donde ejercerá precisamente esa actividad con otros socios a los que dará entrada en el capital social.

El anterior ejemplo de traslado y extensión de la posible responsabilidad penal, tiene su clara traslación en los demás ámbitos en lo que se refiere a la responsabilidad civil, pero admite algunas dudas en lo relativo a las multas y otras sanciones. A continuación, analizamos lo que sucede en cada uno de los otros supuestos:

a. La responsabilidad civil

La máxima de que el deudor responde de la deuda con todos sus bienes presentes y futuros resulta también de aplicación en lo relativo a la derivación de la responsabilidad civil, incluso en los casos en los que nos encontramos ante una responsabilidad civil derivada de delito. Ha habido incluso supuestos claros en los últimos años de la derivación de la responsabilidad civil *ex delicto* una vez que se produce la muerte de la persona física, como son los supuestos de herederos en el Caso KIO/De la Rosa u otros más recientes, como es el caso de las "Tarjetas Black" y la responsabilidad civil de los herederos, en el caso del fallecimiento de Miguel Blesa.[15]

No parece que se pueda plantear, por tanto, la derivación de la responsabilidad civil a la sociedad resultante de una operación mercantil, e incluso en el caso en que la misma sea disuelta o entre en liquidación, pues nos encontraremos con una cuestión similar a la que sucede en el plano de las personas físicas, si bien cuando la sociedad resulta disuelta tendrán que responder los socios hasta la cuantía que obtuvieron a través de la disolución de la sociedad.

La cuestión aparece extensamente regulada tanto en la legislación concursal, como en la legislación mercantil. Incluso, aparecen regulados los supuestos en los que la responsabilidad

[15] ATS 11104/2017, ponente Marchena Gómez que cita otras resoluciones de esa Sala, como son la STS 1751/2003, ponente Conde-Pumpido Tourón, 774/2015, ponente Berdugo Gómez de la Torre; 654/2017, ponente Saavedra Ruiz. Básicamente, se refieren a las diferencias en los casos en los que ya se ha dictado sentencia, de los supuestos en los que se está todavía pendiente de celebración del juicio oral. Cuando existe resolución de primera instancia, la responsabilidad civil se mantiene y deberá ser afrontada por los herederos si aceptan la herencia. Si no se ha celebrado el juicio, se extingue la responsabilidad penal, y de ahí que se extinga también la responsabilidad civil derivada de delito.

civil también puede ser derivada a los administradores de las sociedades e incluso a los socios en determinados supuestos de extinción de la sociedad.[16]

b. La responsabilidad administrativa

Debemos prestar una especial atención a la responsabilidad administrativa y el modo en que se trasmite a la sociedad resultante objeto de una operación mercantil. A esta cuestión se han referido algunos autores, poniendo de manifiesto la posibilidad de que la responsabilidad penal de la persona jurídica pudiera ser derivada en el modo en que se deriva la responsabilidad administrativa.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) recientemente ha podido referirse a esta cuestión en la STS 333/2019, ponente Córdoba Castroverde, en la que se afirma que "lo relevante es que la *entidad resultante sea continuadora de la unidad empresarial* de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado". En dicha sentencia se analizaba una sanción a una entidad bancaria que había sucedido a otra -La Caixa a Caixabank-, y concretamente concluía la sentencia citada que "a los efectos de establecer el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa entre personas jurídicas, también la admite -la jurisprudencia- cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica, siempre que la empresa sucesora continúe ejerciendo las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y la infractora que se transforma deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores, pues en estos casos la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente sí lo ha hecho económicamente. En estos casos, a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico, se entiende que existe una identidad substancial entre las empresas sucesivas, el cambio o transformación jurídica operada permite trasladar la responsabilidad a la nueva empresa, desde el punto de vista económico, existe identidad de ambas entidades."

La cuestión más trascendental de la anterior sentencia, y su interés no residía sólo en la posibilidad de imponer la sanción administrativa en los supuestos de transformación o fusión, sino también en los casos en los que la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad y otra empresa la sucede y opera en su lugar. En estos últimos casos, también debe trasladarse la responsabilidad, según la jurisprudencia.

Sin embargo, a estas multas se refieren algunos autores como Feijoo Sánchez como multas interdictivas[17], que conforme al principio de culpabilidad que informa nuestro sistema jurídico

[16] Existen supuestos en los que aparecen determinados pasivos una vez extinguida la sociedad. Para estos casos, se sostiene por la jurisprudencia más reciente del orden civil, que la sociedad seguirá existiendo con una "personalidad latente". La STS 324/2017, ponente Sancho Gargallo, señala que "no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad [en supuestos de créditos sobrevenidos que deberían haberse incluido en la liquidación de la sociedad], bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en a tención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes."

penal, no serían trasladables a otra persona jurídica que la propiamente inculpada.[18] Sin duda se trata de una cuestión trascendental, si resulta de aplicación el principio de culpabilidad (art. 5 CP) a las personas jurídicas o no.[19] A nuestro juicio, claramente debe respetarse dicho principio, pero su interpretación debe aproximarse más a la cuestión de la formación de la voluntad de la persona jurídica, y el ejercicio de deberes de vigilancia, supervisión y control, o dicho de otro modo, sobre las medidas adoptadas por la empresa resultante.[20]

c. La responsabilidad laboral

Nos encontramos supuestos de cambios en la forma y la figura del empleador derivado de diferentes operaciones mercantiles. Con independencia de cómo se cambia el empleador, por ejemplo, y del reconocimiento de los derechos adquiridos con anterioridad en el plano laboral, también debemos analizar qué sucede en los supuestos en los que la empresa, por decir así, desaparece.

Normalmente, serán la jurisdicción social la que se ocupe, a través del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) o de los bienes que puedan ser ejecutados a la empresa, pero atendiendo a las responsabilidades laborales en el caso de una operación mercantil ficticia, la jurisprudencia social ha ido estableciendo una serie de criterios, similares a los que utiliza el art. 130.2 CP, en lo relativo al mantenimiento de la actividad social, identidad de objeto social etc., que pueden

---

[17] FEIJOO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 299. "El principal problema para aplicar esta disposición se plantea con respecto a las sanciones interdictivas, ya que la nueva situación puede hacer innecesaria la misma". Se refiere el autor a la nueva situación mercantil de la persona jurídica., utilizando como ejemplo la persona jurídica condenada por un delito medioambiental que "es absorbida por otra mucho más grande con una impoluta política medioambiental".

[18] *Vid*. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad de las personas jurídicas», en EL MISMO *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 163 s: "(...) lo que bajo ningún concepto cabe interpretar es que puedan trasladarse a la entidad absorbente las penas interdictivas o la disolución (art. 33.7, apartados b) a g)."; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, 2008, pp. 299 ss., ampliamente sobre sanciones interdictivas.

[19] En similar forma, también CORCOY BIDASOLO, «art. 130», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 466: "El traslado de la responsabilidad penal y de la pena suscita problemas de constitucionalidad, en tanto que, como ya se ha señalado por la doctrina, puede infringir el principio de personalidad de las penas, en particular, en los casos de absorción y fusión. En su caso, podría trasladarse a la entidad con la que se fusiona o la absorbe, el pago de la pena de multa como sucesora de una deuda de Derecho Público."

[20] Este parece ser el sentido del AAN, ponente Echarri Casi, que acuerda la "desimputación" del Banco Santander como sucesor del Banco Popular. "No se puede hacer responder por ello, a entidades que anda tienen que ver con los delitos cometidos por sociedades fusionadas. En la mayoría de las ocasiones, este tipo de modificaciones estructurales obedecerá a fines lícitos relacionados, con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo ajenos al encubrimiento delictivo, ya que no cabe duda que los primeros interesados en desprenderse de esa supuesta peligrosidad criminal de las entidades fusionadas, serán las propias entidades que las fusionan o absorben (sic), salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional que ello conlleva. De ahí que, el comportamiento tras la fusión, sea un indicio importante a la hora de valorar la finalidad de la operación, y si la misma, se llevó a cabo por móviles espúreos (sic), acreedores de algún tipo de responsabilidad penal." La cuestión de la actuación de la persona jurídica tras la comisión del ilícito desde siempre provocó problemas desde el punto de vista estrictamente técnico, no sólo en España. *Vid*., en este sentido, la ya clásica cita de LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The failure of Corporate Criminal Liability*, 2006, pp. 188 s. Situación ya criticada, como cumplimiento después de los hechos, el denominado "*post-offence behavior*" es la piedra angular de la regulación, pero hostil para la ley existente.

llevar a entender que una compañía ha sucedido a una anterior y que, por tanto, debe asumir las obligaciones que tenía esa empresa disuelta ficticiamente.

Concretamente, la jurisprudencia ha ido utilizando dos tipos de criterios en esta materia. El primero de ellos, la *derivación de la responsabilidad* a través de la doctrina del levantamiento del velo, entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1991 o de 14 de julio de 1993, o la más reciente STSJ Cantabria 703/2016, de 21 de julio, que se refiere expresamente a la confusión de actividades, propiedades y patrimonios. Por otro lado, el segundo criterio empleado ha sido el del art. 44 ET, que se denomina la *sucesión de empresa*, en el que entre otras resoluciones, la reciente STJUE (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 2015, en la que se repasa la vigencia de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, y a través de la Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) 782/2018, de 18 julio, que recoge los criterios siguientes asentados para la sucesión empresarial en materia laboral. Los mencionados criterios se inspiran, según esa misma jurisprudencia en que: a) exista una continuidad en la exportación y apreciable identidad en el ente económico transmitido; b) que la identidad se manifieste en que se trata de una estructura organizada de forma estable c) que se siga desarrollando el mismo servicio y d) que exista una asunción de plantilla.

2.2. La *successor liability* en el sistema estadounidense

Otras jurisdicciones, como la estadounidense, han empleado la responsabilidad penal de la persona jurídica, y la sucesión de la responsabilidad penal entre empresas desde hace más tiempo. Por esta razón, se ha ido creando un cuerpo jurisprudencial que, unido a las recomendaciones en materia anticorrupción del Departamento de Justicia estadounidense, han ido estableciendo una serie de criterios que, si bien no son taxativos, sí pueden servir para orientar la aplicación de la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Una de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo norteamericano en esta materia fue la *United States v. Melrose Distillers* (1959). Se trata de dos empresas que se habían fusionado y habían sido investigadas -formalmente procesadas- antes de fusionarse, y la compañía fusionada fue perseguida doblemente, entendiendo que subsistía la existencia de las dos empresas delincuentes a los efectos de la imposición de la pena a la persona jurídica.[21]

Posteriormente, se analizó otro caso en que también se puso de manifiesto un ilícito penal cometido antes de la fusión entre dos entidades bancarias, que fue descubierta tras la fusión. En ese caso, recogido en la *United States v. Alamo Bank of Texas* (1989), también se impuso la responsabilidad penal de la empresa, a la empresa en la que habían resultado fusionadas.[22]

Otros relevantes casos como *United States v. Polizzi*, *Oklahoma Natural Gas Co. V. Oklahoma* o *United States v. Shields Rubber Corp* han ido evidenciando y argumentando la posibilidad de que la responsabilidad penal se puede derivar a la empresa sucesora de una operación de M&A más allá del principio de culpabilidad, poniendo de manifiesto las últimas sentencias citadas que

---

[21] *Vid*. LAWLER/PHILLIPS, *Avoiding the Threat of FCPA Successor Liability* (disponible en: https://www.velaw.com/uploadedFiles/VEsite/Resources/VinsonElkinsReprintLawlerPhillipsTransactionAdvisorsJune2015.pdf).

[22] *Vid*. BECKER, «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», *American Journal of Criminal* Law, (19), 1992, p. 460.

tras la fusión la empresa ha tenido tiempo de detectar y, en su caso, adoptar las medidas oportunas para prevenir e impedir la comisión de futuros ilícitos. Incluso hacen referencia a que, dependiendo de cómo haya sido la *due diligence* realizada, deberá sorprenderle más o menos al nuevo propietario de la empresa, o al socio fusionado.[23]

En este sentido, es precisamente el Departamento de Justicia el que cada vez más ofrece pautas para llegar a puertos seguros en este tipo de operaciones mercantiles, en especial, en lo referente a materia anticorrupción. La denominada *FCPA Guide*, editada de forma conjunta por el Departamento de Justicia y el regulador bursátil estadounidense (SEC) establece claramente cuáles han de ser los pasos que ha de seguir la empresa para evitar la sucesión de la responsabilidad penal: (i) *compliance due diligence* y análisis de riesgos anterior a la transacción, (ii) integración de la función de *compliance* tras la transacción, y (iii) remedios y modificaciones establecidos para implementar un programa conjunto de *compliance*. En definitiva, lo que se viene a denominar en la práctica la *due diligence* de *compliance pre-aquisition*, seguida del *compliance post-acquisition*.[24]

3. Los diferentes supuestos de modificación societaria y el mantenimiento de la responsabilidad penal

En la vida económica existen numerosos medios o formas en que una sociedad mercantil puede modificarse o transformarse. Nos encontramos con supuestos de transformaciones corporativas por la adquisición o venta de compañías, por la venta de parte de ellas, pasando por operaciones mercantiles en las que cambian sus socios, o se modifica la estructura societaria. Incluso, nos encontramos con supuestos en los que la sociedad desaparece, queda completamente desatendida, o incluso en los que una sociedad entra en una situación concursal. Los más comunes, a los efectos del presente trabajo, son la adquisición o venta de sociedades, así como las fusiones o absorciones societarias.

El legislador no ha previsto un sistema de derivación de responsabilidad sumamente exhaustivo, sino que ha dejado en manos de la jurisprudencia el cómo va a aplicarse la responsabilidad penal de la persona jurídica en supuestos de transformación societaria, incluso para los supuestos más evidentes y tasados, como son la disolución, la liquidación o el concurso de acreedores.

---

[23] DIAMANTIS, «Successor Identity», *Yale J. Reg.*, (36-1), 2019, pp. 2 ss., donde el autor propone un interesante cambio de paradigma entre la responsabilidad como sucesor o por su identidad, es decir, la diferenciación entre la *successor liability* y la *identity*.

[24] *Vid*. La denominada *FCPA Guide* donde se especifican determinados criterios a seguir en relación con las transacciones de M&A y las políticas anticorrupción (disponible en: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf). Concretamente, estas medidas en relación con las operaciones de M&A aparecen descritas a partir de la p. 62 del documento elaborado por el Departamento de Justicia estadounidense (DOJ). Recientemente, sobre esta materia en el acuerdo con OFAC de Stanley Black and Decker, en el cual a pesar de ser detectadas determinadas ventas a Irán, que fueron eliminadas como requisito para realizar la transacción consistente en la adquisición de la compañía china Jiangsu Guoquiang Tools Co. Ltd, y aunque se llevó a cabo formación sobre la materia de sanciones internacionales tras la toma de control de la sociedad (60% del capital), Stanley Black and Decker no pudo impedir que se continuase vendiendo ese material a través de los Emiratos Árabes y China. Sobre este concreto supuesto, *Vid*. DI BARI, *Not Using the Right Tools in Post-Acquisition Due Diligence*, (disponible en: https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/03/not_using_the_righttoolsinpost-acquisitiondu.html).

Lo único previsto por el legislador penal es, pues, una regla básica o, mejor, un principio general de aplicación de la responsabilidad penal, como efecto directo de la concepción de una verdadera responsabilidad penal propia de la persona jurídica. Así, el Código penal parte de la idea de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se transmite siempre a la sociedad resultante, sea cual sea la modificación societaria. De este modo, aunque cambien los dueños de la empresa, cambien los gestores, o cambie incluso la forma societaria la responsabilidad penal de la persona jurídica será trasladada a la persona jurídica resultante o aquella que siga ejerciendo la actividad, en lo que supone una quiebra clara del principio de culpabilidad (art. 5 CP).

La situación no es desconocida para el ordenamiento jurídico español, pues sucede de forma muy similar para las sanciones de carácter administrativo, laboral o incluso, en cierto modo, de carácter tributario.[25]

Sin embargo, debemos hacer una especial mención y diferenciación de supuestos concretos en los que nos encontramos con que la responsabilidad penal se mantiene en la persona jurídica, y otros en que se transmite. Veamos, a través de un ejemplo a qué nos referimos: la sociedad A dedicada a la actividad inmobiliaria se fusiona con la sociedad B o resulta adquirida al 100% por la sociedad B. La responsabilidad penal se transmite claramente a B, pues ha adquirido A. No decimos que sea la solución correcta, sino que simplemente relatamos cómo lo establece precisamente el Código penal. Por otro lado, y con otro ejemplo, nos encontramos con que B, en lugar de adquirir A, para evitar el traslado de la responsabilidad penal a la entidad resultante, decide comprar todos los activos -edificios- propiedad de A, y deja A vacía, procediendo posteriormente a liquidar la sociedad.

Ambos ejemplos, atendiendo al texto de la Ley penal, deberían quedar cubiertos por la responsabilidad penal de la persona jurídica, impidiendo que desapareciese la responsabilidad penal por la mera transformación de la sociedad. La aplicación de la teoría del levantamiento del velo sería suficiente para justificar la traslación de la responsabilidad penal.

Sin embargo, la praxis, como suele ser habitual, nos aporta claros supuestos en los que se pone de manifiesto la necesidad de, o bien una más pormenorizada regulación, o bien de una correcta interpretación de los tipos penales, desde los principios básicos del Derecho penal, como son el principio de proporcionalidad y el principio de intervención mínima.[26]

Veamos a continuación algunos de los supuestos en los que la responsabilidad penal de la persona jurídica tendrá que adentrarse en la vía de los principios de oportunidad a través de evaluaciones de *compliance*, a través de medidas que como en Derecho comparado ya están funcionando como son los *Non Prosecution Agreements* y los *Deferred Prosecution Agreements*

---

[25] Críticamente sobre este traslado de la responsabilidad penal, entendiendo que sólo puede ser una responsabilidad administrativa la que se traslade, SERRANO ZARAGOZA, «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (24), 2016, pp. 4 ss.

[26] Sobre el principio de proporcionalidad, ampliamente, LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Cuándo penar, cuánto penar», en EL MISMO, *Pena, principios y empresa. Estudios sobre los principios penales y sobre los delitos de empresa*, 2017, pp. 158 s.

tanto en Estados Unidos[27] como en Reino Unido[28], e incluso recientemente en Francia a través de la Ley Sapin II.[29]

3.1. Supuestos en los que la sociedad ha sido disuelta, liquidada y extinguida con anterioridad al inicio del procedimiento penal

Como hacíamos referencia anteriormente, en los aspectos de responsabilidad penal de personas físicas nos encontramos con los casos en los que la persona física fallece o resulta inimputable con carácter previo al inicio del procedimiento penal, o incluso con carácter previo al inicio del proceso penal. La solución del Código penal en estos casos es absolutamente diáfana en los casos del fallecimiento del reo, pues son casos en los que ni siquiera puede iniciarse el procedimiento penal, conforme a lo previsto en el art. 130 CP.

Aunque en ciertos ámbitos se ha llegado a hablar de la "pena de muerte" de la persona jurídica, entendida como la pena de disolución de la persona jurídica que prevé el art. 33.7.b) CP, cuando se refiere a la "disolución de la persona jurídica".[30]

Debemos referirnos ahora para determinar cuándo nace y cuando muere una persona jurídica, tanto al Derecho civil como al Derecho mercantil. También debemos tener en cuenta la realidad que supone que el Derecho penal continuará siendo autónomo en sus presupuestos de hecho y en sus consecuencias jurídicas, por lo que al igual que entiende que la vida comienza y la vida termina cuando lo ha ido estableciendo la justicia criminal en torno a los delitos contra la vida humana dependiente e independiente, esto es, en los casos de homicidio y asesinato, al igual que los casos de delitos de aborto.

Para estos casos la legislación societaria establece la forma en la que una sociedad mercantil puede ser disuelta, liquidada y extinguida conforme a lo previsto en los arts. 360 y ss. LSC.

En los anteriores supuestos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la propia normativa societaria, la disolución deberá ser entendida como la "muerte" de la persona jurídica, contra la que no se podrá dirigir el procedimiento. Caso contrario sucede en los casos en los que se produzca la muerte de la persona física que actuaba en nombre de la empresa y en

---

[27] BOURTIN/DONIGER, «Negotiating Global Settlements: The US perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations*. *Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., 2019, pp. 392-396.

[28] FLETCHER/PURNELL, «Negotiating Global Settlements: The UK Perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations*. *Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., 2019, pp. 367-372.

[29] KIRRY/DAVIS/BISCH, *French Anti-CorruptionAuthority Raises Alarm About M&A Transactions* (disponible en: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/24/french-anti-corruption-authority-raises-alarm-about-ma-transactions/), de 24 de mayo de 2019, donde se analiza la última circular de la Agencia Francesa Anticorrupción, que establece como piedra angular de la transacción de M&A para impedir la sucesión de la responsabilidad penal en las *pre-acquisition* y *post-acquisition due diligence* de *compliance*, llegando a señalar que una empresa que no haya realizado una completa *due diligence* difícilmente podrá llegar a un acuerdo como DPA.

[30] Art. 33.7 b) CP: "Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita."

beneficio de ésta, pues en esos casos aunque la persona física haya fallecido, persona jurídica continuará respondiendo por el delito cometido, conforme establece el art. 31 bis.3 CP.

Nos encontramos en estos casos ante supuestos en los que, al haberse producido una completa desaparición de la empresa para el ordenamiento jurídico, no tendríamos ni posible responsable penal -la empresa- ni posible sujeto pasivo del procedimiento -la empresa investigada-. Y es que en estos casos, en los que se produce la desaparición de la persona jurídica también resulta discutible, al menos, poder trasladar algún tipo de responsabilidad civil derivada del delito por el que la persona jurídica no va a ser declarada responsable, pero puede ser que se declare responsable a una persona física que actuó en su nombre, y por lo tanto acabar resultando la persona jurídica responsable civil subsidiaria conforme al art. 120.4 CP.[31]

Por ejemplo, se descubre que una empresa pagó un importante soborno a un concejal para que le adjudicase la concesión municipal de recogida de basuras durante cinco años. La empresa, transcurridos los cinco años y habiendo ingresado dos millones de euros por ejercicio, decide cerrar porque no se le adjudica ningún contrato más, habiendo repartido beneficios entre sus socios los últimos años, y provocando una liquidación ordenada de la compañía, en la que cobró tanto Hacienda, como la Seguridad Social, proveedores y empleados. Transcurrido un año desde el cese de la actividad y la liquidación total de la empresa, se descubre que el que fuera Director General fue el que hizo el pago al concejal de un millón de euros en una cuenta en Suiza, a cambio de la adjudicación siendo constitutivo de un delito de cohecho por el que resulta imputado el anterior Director General. En este supuesto, nos preguntaríamos si podría trasladarse algún tipo de responsabilidad a los antiguos socios que cobraron de la liquidación de la compañía, o si la empresa debería responder por los ilícitos beneficios que obtuvo de la concesión ilícitamente adjudicada.

En estos concretos supuestos, en los que la sociedad dentro de la normativa concreta ha sido liquidada y disuelta, nada resulta exigible a la persona jurídica. Es más, dentro del contenido de sentido de teoría de la pena, no tiene ningún fundamento que se imponga algún tipo de pena criminal a una persona jurídica que ya no existe, pues desde el punto de vista de las teorías de prevención especial, nada puede significar para la persona jurídica extinguida la imposición de una pena criminal.

Cuestión distinta resultaría la responsabilidad de la persona física que actuaba en nombre de la persona jurídica extinguida para obtener un lucro ilícito. Dejamos aparte, lógicamente, los casos en los que la persona jurídica ha sido simplemente un instrumento para la comisión del delito, pues en esos casos resulta incluso discutible desde el punto de vista jurídico-penal que esa sociedad pueda ser capaz de culpa[32].

---

[31] Debe tenerse en cuenta que este tipo de responsabilidad civil subsidiaria, concretamente la del art. 120.3 CP, ha sido evolucionada jurisprudencialmente, desde una responsabilidad cuasi-objetiva, a una responsabilidad puramente objetiva. Al respecto, ampliamente la STS 467/2018, Berdugo y Gómez de la Torre. Anteriormente, para un supuesto de blanqueo de capitales, STS 2888/2012, ponente Maza Martín.

[32] GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad de la persona jurídica» en BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 153 ss.

3.2. Supuestos en los que la sociedad mercantil cesa su actividad o se transforma durante el procedimiento penal

Se trata del supuesto más problemático desde el punto de vista práctico, pues la sociedad en funcionamiento que resulta investigada en un procedimiento penal normalmente tiene muchas posibilidades, estadísticamente, de desaparecer, bien debido a aspectos económicos -desaparecen sus clientes y proveedores-, o bien porque cesan o desaparecen sus administradores, o bien porque en ocasiones también la sociedad se transforma en otra porque debido al impacto sobre su imagen la sociedad prácticamente tiene que cerrar.

No resulta desconocido los efectos devastadores que la imputación de una persona jurídica tiene sobre su propia actividad. Más aún en otras jurisdicciones, en las que incluso debido a esa existencia de una investigación criminal sobre la persona jurídica se le impide participar en determinadas licitaciones públicas o privadas, o incluso se procede a cerrar las cuentas bancarias por la entidad correspondiente por encontrar indicios de blanqueo de capitales, o bien casos en los que se bloquean las cuentas bancarias de la empresa como medida cautelar produciendo un verdadero terremoto societario. El ejemplo más común que se ofrece sobre esta cuestión fue el Caso Enron, concretamente en lo referente a la responsabilidad penal de su Auditor, que no era otro que Arthur Andersen. En dicho proceso, se acordó por el propio Tribunal la medida cautelar de cese de autorización para auditar compañías en los EEUU durante el periodo en que se celebraba el juicio contra Enron y algunos miembros del equipo de Arthur Andersen en Enron.[33] Finalmente, a pesar de pasar varios años sometida a la medida cautelar, Arthur Andersen resultó absuelta de los cargos que se le imputaban.

Se pueden plantear dos supuestos diferentes cuando la persona jurídica desaparece durante la tramitación del proceso. La diferencia entre uno y otro supuesto la vamos a encontrar en los casos en los que se hayan acordado medidas cautelares y los casos en los que simplemente se haya acordado la imputación de la persona jurídica, si bien dentro de estos dos grandes grupos de casos nos encontraremos otros en los que, por ejemplo, la empresa ha sido liquidada y transformada en otra, o incluso aquellos casos en los que se haya producido algún tipo de adjudicación judicial de la empresa que, conforme al criterio establecido por el Código penal, la responsabilidad penal de la persona jurídica no desaparece si la empresa sigue existiendo, siquiera sea absorbida en otra empresa.

3.3. Supuestos en los que se acuerda la administración o intervención judicial de la empresa y ésta se transforma durante el proceso

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el principio general del que parte la legislación penal en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas es el de la transferencia y derivación de responsabilidad penal a la sociedad mercantil resultante, o incluso el mantenimiento de la responsabilidad penal en los supuestos en los que se cambie el accionista o la sociedad sea absorbida por otra. Ninguna relación tiene sobre esta cuestión que

[33] Con algunas acertadas matizaciones, MARKOFF, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15), 2013, pp. 797 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Ni catastrophe ni panacea. La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, (69-211) 2014, pp. 115 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, 2006, pp. 54 ss.

los nuevos accionistas no conozcan lo que ha hecho la sociedad anteriormente, o que la sociedad ahora sea administrada por un administrador o interventor judicial, ajeno a los anteriores responsables de la compañía que cometieron un delito en su nombre y que haya dado lugar a la imputación de la persona jurídica.

El legislador español no ha previsto ningún mecanismo para la correcta administración o intervención judicial desde el punto de vista de *compliance*. Éste es uno de los mecanismos más utilizados dentro de las medidas cautelares en procedimientos penales de Derecho comparado, a través de la intervención de una persona que se denomina "monitor". La traducción literal del término nos llevaría a pensar que nos encontramos ante un supuesto de "monitoreo" de la actividad social, pero más bien se trata de una supervisión dirigida al establecimiento de una correcta cultura de cumplimiento con la legalidad.

Tampoco podemos afirmar que el Código penal español haya abandonado cualquier tipo de regulación sobre la intervención o administración judicial, puesto que el propio art. 33.7.g) CP hace una remisión a que "reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como al retribución o cualificación necesaria".[34]

Necesariamente toda intervención o administración judicial de una empresa sobre la que se produce una imputación delictiva ha de tener como especial misión el establecimiento de una correcta cultura de cumplimiento con la legalidad. A pesar de que el legislador no prevé ni en el Código penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal disposición alguna que pueda favorecer el sobreseimiento y archivo del procedimiento frente a las sociedades que deciden cumplir con la legalidad vigente, en la práctica judicial se producen de forma cada vez más habitual estos casos, al compás de las instrucciones ofrecidas a los representantes del Ministerio Fiscal por la Fiscalía General del Estado.

El Código penal sólo prevé la atenuación de la responsabilidad criminal (art. 31 *quáter* CP) para los casos en los que se haya (a) confesado la infracción o (d) haber establecido antes del juicio medidas eficaces para prevenir o descubrir delitos –*compliance program*-. Por el contrario, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, prevé expresamente como circunstancias que deben hacer decaer la responsabilidad penal de la

[34] Art. 33.7 g): "Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años."

"La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria."

"La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."

persona jurídica tanto la autodenuncia como los supuestos en los que se establece en la compañía una correcta cultura corporativa de cumplimiento con la legalidad.[35]

Por tanto, nos encontramos ante supuestos en los que a raíz de la intervención acordada judicialmente "para proteger los derechos de los trabajadores y de los acreedores", la sociedad puede implementar una determinada cultura de cumplimiento con la legalidad y el descubrimiento de nuevos delitos colaborando con la administración de justicia, por ejemplo. Estos supuestos en el Derecho comparado nos llevarían a estar cerca de lo que se denomina un *Deferred Prosecution Agreement* o DPA, que no es otra cosa que un acuerdo más o menos oficializado para poder evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica, a cambio de facilitar las pruebas para condenar a las responsables personas físicas y colaborar con la investigación.

La práctica judicial en los últimos años nos ha traído casos como el denominado Caso Bankia, en el cual, tras el cambio de todos sus gestores (consejos de administración y directivos), la entidad bancaria comenzó a colaborar con las investigaciones penales abiertas por el delito de estafa de inversores (art. 282 bis CP) al venir a reconocer que efectivamente hubo un falseamiento de determinados documentos sociales para facilitar la salida a Bolsa de Bankia. Esta actuación por parte de Bankia -teniendo en cuenta que el Banco había sido nacionalizado por el Estado-, provocó que quedase fuera del proceso penal, es decir, que a la hora de determinar las personas físicas y jurídicas que iban a afrontar el juicio oral, el Ministerio Fiscal no formulase acusación contra la entidad cuyas cuentas se afirma fueron falseadas y que recibió precisamente el ilícito beneficio de dicha salida a bolsa.

Resulta ciertamente evidente la aplicación más o menos encubierta del principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal. Como es sabido, el Derecho penal español se basa precisamente en la actuación del Ministerio Fiscal sujeto al principio de legalidad y no al principio de oportunidad, como por lo demás pone de manifiesto también el art. 124 CE.

4. *Compliance* como mecanismo defensivo ante la responsabilidad penal de la empresa

Llegados a este punto, lo que debemos plantearnos es cómo y de qué forma podrá evitarse, en lo posible, ese traslado de la responsabilidad a la sociedad adquiriente o resultante de una operación mercantil. El Código penal no ofrece escudos ni *safe harbors* que puedan evitar de forma clara y directa la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni tampoco la jurisprudencia ha ofrecido pauta alguna al respecto.[36]

Ante esta situación, algunos autores como ORTIZ DE URBINA y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, remitiéndose a la doctrina tributaria, se inclinan por entender que el traslado de la responsabilidad puede producirse siempre en relación con el proceso de *due diligence* seguido,

[35] SÁIZ PEÑA, «Introducción. ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance», en EL MISMO (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, 2015, pp. 44 s.

[36] Entre los que se inclinan por la necesidad de un cambio legislativo, *Vid.*, LUZÓN CAMPOS, «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal», *Diario La Ley*, (9377), 2019, pp. 1 ss.

debido a una infracción del deber de cuidado.[37] Otros en cambio, ofrecen soluciones más tradicionales adaptadas a la realidad de la legislación española, buscando una interpretación coordinada del resto del ordenamiento jurídico, aplicando para la responsabilidad penal los criterios que existen para la responsabilidad administrativa[38], basándose en el extendido criterio doctrinal y jurisprudencial de que los principios del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal han de ser los mismos, con algunas modulaciones como de forma reiterada ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional. Y una última opción, que consistiría en realizar una interpretación auténtica y gramatical del Código penal, entendiendo que se traslada la responsabilidad a la sociedad resultante sin duda alguna conforme a lo previsto en el art. 130.2 CP, puesto que se trata de una norma de carácter taxativo.[39]

Si bien desde el punto de vista de la norma penal parece clara la interpretación que debe realizarse del art. 130.2 CP, desde el punto de vista de la función y fines de la pena parece que plantea algunas dudas. Todas las cuestiones acerca de la función de la pena en las personas jurídicas siguen planteando problemas desde el punto de vista del mantenimiento del negocio para impedir el perjuicio a los acreedores y a los trabajadores. Dicho de otro modo, no resulta ciertamente coherente con la función y fines de la pena criminal, especialmente con lo relativo a las previsiones del art. 25 CE en cuanto a la rehabilitación y reinserción social del delincuente, que la pena pueda llevar a la liquidación de la persona jurídica, como así se prevé expresamente por el art. 33 bis CP. Los postulados constitucionales para con las penas y el ejercicio del *ius puniendi* debe ser completamente aplicable a las personas jurídicas, como así ha tenido ocasión de manifestar el propio Tribunal Supremo.[40]

Y es que, si bien resulta ciertamente complicado establecer la completa vigencia del principio de legalidad entendido como principio de taxatividad de la norma penal como principio informador de todo el ordenamiento jurídico penal, no es menos cierto que cierta laxitud con la aplicación de la norma, o dicho de otra forma, con la entrada del principio de legalidad en algunas de las cuestiones aplicativas del Derecho penal, se aplicaría de forma más acorde con los postulados constitucionales las previsiones del Código penal, especialmente en lo que se refiere a la rehabilitación y la reinserción del delincuente.

Como se ha advertido con anterioridad, el presente trabajo pretende simplemente plantear las diferentes alternativas que se plantean ante la sucesión empresarial, en lo relativo específicamente a la responsabilidad penal de la persona jurídica. De este modo, parece que

---

[37] ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 198. "El efecto potencialmente expansivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de Derecho penal en los procedimientos de *due diligence*, usuales en los procesos de absorción y fusión en este ámbito."

[38] SERRANO ZARAGOZA, «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (24), 2016, pp. 7 ss.

[39] Ésta parece ser la interpretación que ha seguido el Juzgado Central de Instrucción nº4 para acordar la sucesión en la responsabilidad penal del Banco Popular en la persona jurídica del Banco Santander, cuyo criterio ha sido modificado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resolviendo el recurso de apelación formulado contra dicha resolución en la que se acordaba la imputación de Banco Santander, por haber fusionado el Banco Popular. (AAN, 246/2019, ponente Echarri Casi). Específicamente sobre esta cuestión, LUZÓN CAMPOS, *Diario La Ley*, (9377), 2019, pp. 1 ss.

[40] Por todas, STS 154/2016, ponente Maza Martín.

una de las alternativas más comunes en el Derecho comparado en cuanto a la transferencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica es analizar el sistema de *compliance* establecido, e incluso, en las últimas resoluciones o esfuerzos de la Fiscalía en España por justificar la inexistencia de una determinada responsabilidad penal[41], se intenta justificar que la legislación vigente en España, fundamentar la existencia de un verdadero programa de *compliance*, justifica la inexistencia de responsabilidad penal de la empresa. La justificación en estos casos, viene de la mano de la colaboración con la investigación penal, que según prevé el art. 31 bis CP únicamente puede fundamentar la atenuación de la pena pero no la exención de la misma, como por lo demás también ha afirmado la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

4.1. Los procedimientos de *due diligence* en las operaciones mercantiles. Las nuevas *due diligence* de *compliance -pre-acquisition compliance-*

Resulta cada vez más frecuente en las operaciones mercantiles, que además de una *due diligence* sobre el negocio, se realice una *due diligence* jurídica en la que se reserva un apartado a procedimientos penales, principalmente por el riesgo que puede existir para el funcionamiento de la empresa. Debido a la proliferación de sistemas jurídicos en los que existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, comienza a ser una cuestión habitual a la vez que sumamente relevante para los fondos de inversión realizar un procedimiento de *due diligence* sobre *compliance*, en el que se analizan principalmente requisitos de marcado carácter internacional de normas éticas y de cumplimiento, así como su aplicación práctica en las empresas sobre las que se va a invertir.

La inversión en servicios jurídicos de análisis de las políticas establecidas por las entidades, en modo alguno supone algo puntual o casual, sino que, debido al claro riesgo que supone la derivación de la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante, se trata de una gestión de riesgos legales, por las que incluso podrá generarse responsabilidad.[42]

Fundamentalmente, son la jurisdicción inglesa y la norteamericana las que acostumbran más a realizar este tipo de *due diligence*, referidas a la normativa anticorrupción *Foreign Corrupt Practices Act* estadounidense y a la *Bribery Act* inglesa, por el riesgo de que la adquisición de una compañía en otro territorio pueda llegar a tener efectos sobre la misma. Lo mismo sucede

---

[41] Citado por Del Rosal Blasco/Lightowler-Stahlberg Juanes, «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia», *Diario La Ley*, (9126), 2018, pp. 1 ss. Se hace referencia en el artículo a que en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en la causa seguida por la salida a Bolsa de Bankia (OPS Bankia), en el que justifica no formular acusación porque se ha colaborado con la investigación.

[42] En este sentido, ya existen reclamaciones en Estados Unidos respecto a la no realización de una *due diligence compliance* en una operación de M&A, de la que posteriormente se trasladó una determinada responsabilidad penal. En este caso la compañía Watts Water demandó al despacho de abogados que le asesoró en la operación por no haber realizado la *due diligence* de *compliance*. *Vid.*http://www.fcpablog.com/blog/2012/6/15/watts-water-sues-sidley-for-fcpa-problem.html. También respecto a la responsabilidad en que incurren los administradores en relación con las políticas de *compliance*, que también podría ser aplicable a los supuestos de M&A en que los administradores deciden no llevar a cabo ninguna *due diligence* de *compliance*, Serrano Zaragoza/Ruiz de Lara, «La protección de los accionistas y acreedores frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2017, p. 10.

en los casos de los fondos de inversión, que han sido incluso expresamente apercibidos de esta situación a través de las diferentes circulares del Departamento de Justicia de los EEUU.[43]

El problema práctico llega en los casos en los que efectivamente se detecta un fraude que se está cometiendo, o se detecta que la normativa de *compliance* forma parte de los denominados *paper compliance*, es decir, que no existe un verdadero programa de *compliance* sino que se trata sólo de un maquillaje, como ya advirtió en su momento en España la Fiscalía General del Estado.[44] Ese momento crítico es donde los intervinientes en la operación mercantil deben decidir si seguir adelante asumiendo el riesgo de que la empresa pueda responder penalmente o que pueda incluso trasladarse dicha responsabilidad a la persona jurídica resultante.

Como veníamos exponiendo, la problemática del momento en que se detecta ese incumplimiento o ese fallo del sistema de cumplimiento establecido en la compañía tiene cierta relevancia para algunos autores.[45] Así, existen voces doctrinales que afirman que si ese incumplimiento de la normativa de *compliance* o incluso el delito pudo advertirse en la propia *due diligence*, el comprador de la sociedad o la sociedad resultante deberá responder en la misma forma que la persona jurídica original del delito cometido.[46] Otras voces, exponen que siempre que los compradores hayan querido establecer desde el comienzo de sus actividades una clara política de cumplimiento con la legalidad, y una clarísima cultura de cumplimiento no será posible perseguir penalmente a estas personas jurídicas.

4.2. Los procedimientos de *compliance* posteriores a la operación mercantil *-post-acquisition compliance-*

Si anteriormente nos hemos referido a la obligación o el deber de detectar a través de un procedimiento de *due diligence* la existencia de comportamientos ilícitos o que incumplan el programa de cumplimiento establecido en la empresa, ahora nos referimos a la situación que podemos contemplar una vez se ha ejecutado la operación mercantil.

Lo esencial en estos casos en relación con la derivación de la responsabilidad penal a la sociedad resultante será precisamente qué ha realizado la sociedad compradora o la sociedad resultante desde que se accede al control de la gestión de la compañía. Será necesario determinar qué ha hecho la compañía una vez que ha cambiado de socio o de organismos de

---

[43] Además de las Circulares del Departamento de Justicia, a efectos interpretativos también, la *FCPA Guide* (citada *supra* n. 24).

[44] Circular 1/2016, Fiscalía General del Estado.

[45] ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 198. "La empresa inicialmente ajena responde por su propio hecho, por no haber puesto la debida diligencia a la hora de comprobar si la otra empresa estaba incursa en algún procedimiento penal o era probable que lo estuviera. De esta manera, se incentiva a la empresa a informarse de la situación de las empresas con las que se van a fusionar, las que van a adquirir o absorber, etc., lo que es político-criminalmente necesario para evitar que las empresas delincuentes puedan escudarse en la buena fe de terceros para eludir los efectos de la pena.

[46] Esta parece ser la aplicación que ha llevado cabo de forma provisional el Juzgado Central de Instrucción nº4 de la Audiencia Nacional, respecto del caso Banco Popular y la sucesión procesal como investigado del Banco Santander, al haber adquirido el Banco Popular. La situación en el Derecho comparado, no es fácilmente asimilable, pues si bien podemos encontrar algunos precedentes en fusiones o adquisiciones de Bancos, el supuesto de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander no parece asimilable, por las especiales circunstancias sistémicas en que se produjo tal adquisición.

control. Resulta común que una vez que la compañía se haya fusionado, por ejemplo, deban realizarse nuevos mapas de riesgo y modificar el sistema de cumplimiento establecido para armonizar todos los mecanismos de prevención que se hayan implementado para mitigar los riesgos.

En este contexto, existen supuestos en los que tras la operación mercantil se implementa un nuevo programa de *compliance* o incluso tras el cambio de gestores aparecen nuevos medios y controles implementados para impedir la comisión de delitos. Así, por ejemplo, tras la imputación de un delito de estafa de inversores a Bankia, S.A. lo que se realizó por la compañía fue la implementación de un programa de *compliance*, que incluso llegó a aparecer en prensa como ejemplo de transparencia argumentando que la externalización de su canal de denuncias ponía de manifiesto su claro compromiso con la cultura de la legalidad y del cumplimiento normativo.[47]

Sin embargo, para estos supuestos en los que se ha establecido un programa de *compliance* con posterioridad a la comisión del delito -haya sido o no detectado- parece que el Código penal tampoco ofrece ninguna alternativa más que la prevista en el art. 31 bis CP como atenuante de la responsabilidad criminal de la empresa. Se trata, pues, de una cuestión también problemática y que deja patente la escasa conexión con la realidad empresarial que se produce en estos casos, en los que no se le deja alternativa a la empresa que quiere cumplir con la legalidad.

De lo anterior, es precisamente donde basamos nuestra opinión al respecto de algunas cuestiones como la función y fines de la pena, y la protección de los *stakeholders* de las compañías perseguidas en un proceso penal en el que se reclame la responsabilidad penal de la persona jurídica.

4.3. Los supuestos de monitoreo e intervención judicial

La Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código penal prevén algunos supuestos en los que la persona jurídica que puede ser responsable de un delito puede ser intervenida judicialmente. Estos casos se han producido recientemente, en concreto, el conocido Caso Vitaldent en que la empresa fue intervenida judicialmente, designándose un administrador judicial que acordó la venta de los activos de la empresa, es decir, un vaciamiento completo de la empresa que fue autorizado por el Ministerio Fiscal y por el propio Juez de Instrucción, entendemos que a fin de preservar los puestos de trabajo, pero estableciendo de forma clara y expresa que la parte desgajada de la sociedad imputada en el procedimiento, nunca respondería de las posibles multas o deudas de la sociedad originaria.[48] De este modo, el propio Juez de Instrucción excluye en dicha resolución la posible aplicación del art. 130.2 CP, lo que lógicamente nos abre la puerta a la aplicación de muchas otras figuras procedentes de la experiencia norteamericana en la materia, como son los acuerdos con la Fiscalía, que se han ido popularizando en los últimos años, no sólo en Estados Unidos[49] sino también en Reino Unido y en Francia.

---

[47] Del Rosal Blasco/Lightowler-Stahlberg Juanes, *Diario La Ley*, (9126), 2018, pp. 1 ss.

[48] Del Rosal Blasco/Lightowler-Stahlberg Juanes, *Diario La Ley*, (9126), 2018, pp. 1 ss.

[49] Cuestiones estudiadas ampliamente en ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron», *Diario La Ley*, (7062-7065), 2008, pp. 1 ss. *Vid.*, ampliamente, UHLMANN, «The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution», *UC Davis Law Review*, (49-4), 2016, pp. 1235 ss.; UHLMANN, «Deferred Prosecution

No sólo la Administración de Justicia de esos países, sino Canadá o Australia también se encuentran inmersos en procesos legislativos similares. Incluso el Banco Mundial posee programas de monitoreo para tratar de aliviar las sanciones que impone a fin de no paralizar la vida económica[50] y empresarial de algunas regiones.[51]

4.4. El principio de oportunidad y los DPA (*deferred prosecution agreements*)

Una de las cuestiones más frecuentes en la práctica relativa a la defensa corporativa en el contexto económico global es la común necesidad de encontrar vías de actuación donde mitigar o eliminar la responsabilidad penal de la persona jurídica que adopta una clara decisión de colaborar con la Administración de justicia y con las autoridades. Si hasta hace algún tiempo podíamos entender que en el caso en que una persona jurídica quisiese autodenunciarse, o colaborar con la investigación por la que iba a ser condenada, conforme a lo previsto en el art. 31 bis CP sólo iba a llevar a la posible aplicación de una circunstancia atenuante, la práctica procesal nos deja muchos casos en los que no es posible esta aplicación.

La razón de la imposibilidad práctica de aplicación de las atenuantes es que durante el tiempo que se puede tardar desde que se decide colaborar con la investigación, o autodenunciar, si no se garantiza la posibilidad de permanecer incólume, nos encontramos con que en la mayoría de los casos se coarta de forma grave y decisiva la posibilidad de la persona jurídica para continuar con su habitual desarrollo empresarial. En este sentido, una persona jurídica imputada que tiene riesgo de tener antecedentes penales, se le cierran por completo las vías de financiación, le resulta difícil contratar trabajadores, y en definitiva se le dificulta por completo su actividad económica.

Si lo anterior no es así en la mayor parte de los casos reportados en España, es porque se ha tratado tradicionalmente de empresas que no desarrollaban una relevante actividad en su volumen de activos o de empleados. En otros casos, sobre los que no existen pronunciamientos judiciales definitivos, se ha gestionado ese riesgo reputacional de alguna forma, como fue el caso de Cofely y su imputación en la denominada Operación Púnica, caso de corrupción seguido ante la Audiencia Nacional.

Como caso paradigmático, se acostumbra a citar el caso de Arthur Andersen, que desapareció antes incluso de que se llegase a celebrar el juicio, del que finalmente resultó absuelta la persona jurídica. Pero hay muchos otros casos. No sólo aquellos en los que el procedimiento

---

and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), 2013, pp. 1295 ss.; JUANES PECES, «Acuerdos de conformidad en Derecho comparado», en EL MISMO (dir.), *Memento Experto. Compliance Penal*, 2017, p. 268.

[50] Críticamente, sobre los problemas que se producen por la intervención de *monitors* en las empresas, y el propio entorpecimiento de la actividad empresarial, *Vid*., ROOT, «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (84), 2017, pp. 2227 ss.

[51] En este sentido, puede consultarse en la página web del Banco Mundial su programa de ética e integridad, que establece sanciones e impedimentos para ser objeto de subvenciones o préstamos, que pueden ser reducidas o al menos moduladas por la designación de un monitor sobre *compliance* para asegurar el cumplimento de determinadas normas éticas y de cumplimiento normativo recomendadas por el Banco Mundial. *Vid*., ampliamente https://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity_Compliance_Guidelines.pdf

penal provoca a través de la adopción de medidas cautelares algún tipo de problema operativo de la empresa, sino aquellos en que precisamente atendiendo simplemente al coste reputacional, la empresa se ve mucho más perjudicada que si hubiese sido condenada a una multa en el mismo instante en que se descubrió la comisión de un ilícito.

Con la finalidad de no perjudicar ni a los trabajadores ni a los *stakeholders*, se ha ido imponiendo en el panorama jurídico de nuestro entorno los denominados DPA, como acrónimo de *deferred prosecution agreements*, y en español pactos de retraso de la acusación. En la práctica estos acuerdos alcanzados entre el Ministerio Fiscal y las partes carecen de una normativa clara. Tanto las autoridades estadounidenses[52] como las británicas[53] han tratado de regular, aunque fuese a través de circulares o instrucciones a los miembros del Ministerio Fiscal, cómo habían de llevarse a cabo estos acuerdos y, sobre todo, cuáles serían los requisitos de los mismos. En este contexto, Francia ha seguido el camino iniciado por los EEUU y RU, y en su reciente Ley Sapin II ha incluido expresamente la posibilidad de que se llegue a acuerdos entre el Ministerio Fiscal y las personas jurídicas investigadas.

Estos acuerdos entre la persona jurídica investigada y el Ministerio Fiscal aseguran mantener a la empresa al margen del proceso penal -al menos de las sanciones más graves-, si cumple con los requerimientos que establezca el acuerdo, que suelen estar relacionados con la implantación de un programa de *compliance* más severo, el despido de determinados trabajadores y directivos, así como una fuerte multa de carácter económico. A cambio, se mantiene la empresa y los puestos de trabajo.

En comparación con el ordenamiento jurídico español, nos encontramos con que se produce un claro problema al contraponer el principio de legalidad, con el principio de oportunidad.[54] Lo cierto, es que en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, hemos vivido una jurisprudencia que cada vez se aleja más de planteamientos clásicos del Derecho penal, o incluso de la letra de Ley, convirtiendo la aplicación del Derecho penal de la persona jurídica en una suerte de amalgama que puede ser modelada según los casos, y las particulares circunstancias de cada persona jurídica.

Y es que se ha llegado a "pactos" similares en algunos supuestos, como es el supuesto del caso "Vitaldent" o en el Caso Pescanova, por no mencionar el específico Caso Bankia, en que se dejó de perseguir los delitos cometidos supuestamente por la persona jurídica por el Ministerio Fiscal, argumentando que había cambiado la dirección de la empresa, y que había implementado un programa de *compliance*, cuando ambas circunstancias únicamente tienen efectos atenuatorios en el Derecho penal español. Tal vez haya llegado el momento -casi diez

---

[52] De forma reciente, en octubre de 2018, incluso el Departamento de Justicia estadounidense ha publicado los criterios de selección para *monitors* -supervisores- del cumplimiento de los DPA alcanzados en algunos supuestos. Ampliamente sobre esta cuestión: https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1100366/download

[53] La *Serious Fraud Office* (SFO) británica, también ha publicado sus criterios –*Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*- para alcanzar este tipo de acuerdos con personas jurídicas investigadas penalmente (disponible en: https://www.sfo.gov.uk/?wpdmdl=1447).

[54] Sobre esta cuestión, a favor de la implantación del principio de oportunidad a los efectos de aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, *Vid*., BANACLOCHE PALAO, «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LH-Maza Martín*, 2018, pp. 36-39.

años después- del desarrollo reglamentario al que hace referencia el art. 33.7 CP *in fine*, precisamente referido a la intervención judicial que podría servir de marco regulatorio que, como decimos, se impone en la práctica global en materia de responsabilidad penal de la empresa.

5. Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ (2016), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Aranzadi, Madrid.

BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO/GÓMEZ-JARA DÍEZ (2011), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Madrid.

BANACLOCHE PALAO (2018), «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (ed.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martin*, Fiscalía General del Estado, Madrid, pp.13 ss.

BECKER (1992), «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», *American Journal of Criminal Law*, (19), pp. 435 ss.

BOURTIN/DONIGER (2019), «Negotiating Global Settlements: The US perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations*. *Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., Global Investigations Review, pp. 392 ss.

CORCOY BIDASOLO (2015), «art. 130», en CORCOY/BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 466 ss.

DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLBERG JUANES (2018), «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia», *Diario La Ley*, (9126), pp. 1 ss.

DIAMANTIS (2019), «Successor Identity», *Yale Journal on Regulation*, (36-1), pp. 2 ss.

DI BARI (2019), *Not Using the Right Tools in Post-Acquisition Due Diligence*, (disponible en: https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/03/not_using_the_righttoolsinpost-acquisitiondu.html).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad de las personas jurídicas», en EL MISMO *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 129 ss.

FCPA Guide (disponible en : https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016), Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

FLETCHER/PURNELL (2019), «Negotiating Global Settlements: The UK Perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations*. *Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., Global Investigations Review, pp. 367 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006), *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

JUANES PECES (2017), «Acuerdos de conformidad en Derecho comparado», en EL MISMO (dir.), *Memento Experto. Compliance Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 268 ss.

KIRRY/DAVIS/BISCH (2019), *French Anti-Corruption Authority Raises Alarm About M&A Transactions*, (disponible en: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/24/french-anti-corruption-authority-raises-alarm-about-ma-transactions/).

LAUFER (2006), Corporate Bodies and Guilty Minds. The failure of Corporate Criminal Liability, University of Chicago Press, Chicago.

LAWLER/PHILLIPS (2015), *Avoiding the Threat of FCPA Successor Liability*», (disponible en: https://www.velaw.com/uploadedFiles/VEsite/Resources/VinsonElkinsReprintLawlerPhillipsTransactionAdvisorsJune2015.pdf).

LASCURÁIN SÁNCHEZ (2017), «Cuándo penar, cuánto penar», en EL MISMO *Pena, principios y empresa. Estudios sobre los principios penales y sobre los delitos de empresa*, A&C Ediciones, Lima, pp. 158 ss.

LUZÓN CAMPOS (2019), «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal», *Diario La Ley* (9377), pp. 1 ss.

MARKOFF (2013), «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15), pp. 797 ss.

NIETO MARTÍN (2008), La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, Iustel, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014), «Ni catástrofe ni panacea. La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, (69-211), pp. 115 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2017), «La extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 165 ss.

QUINTERO OLIVARES (2010), «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 130 CP)», en EL MISMO (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, pp. 163 ss.

RODRÍGUEZ RAMOS (2011), «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, (7561), pp. 1 ss.

ROOT (2017), «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (84), pp. 2227 ss.

SÁIZ PEÑA (2015), «Introducción. ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance», en EL MISMO (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Navarra, pp. 13 ss.

SÁNCHEZ-JUNCO MANS (2012), «art. 130», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010, 3ª ed., Barcelona, pp. 486 ss.

SERRANO ZARAGOZA (2016), «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (24), pp. 149 ss.

SERRANO ZARAGOZA/RUIZ DE LARA (2017), «La protección de los accionistas y acreedores frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2017, pp. 1 ss.

UHLMANN (2016), «The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution»,en *UC Davis Law Review*, (49-4), pp. 1235 ss.

———— (2013), «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), pp. 1295 ss.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ (2008), «La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron», *Diario La Ley*, (7062-7065), pp. 1 ss.

InDret
2.2020

Matteo Leonida Mattheudakis
Alma Mater Studiorum
Università di Bologna
-

Recientes tendencias en la reforma de la responsabilidad penal culposa en Italia: en particular la reforma de la culpa médica y las diferencias con el enfoque español

Sumario
-
Las recientes reformas de la responsabilidad penal culposa en Italia ponen de relieve un enfoque cada vez más diferenciado entre los diversos sectores en los que esa responsabilidad es más frecuente. Mientras que en el campo de la seguridad en el trabajo y en la circulación vial, el legislador se ha dirigido hacia una mayor aflictividad para el "autor culposo" (y también la judicatura ha expresado orientaciones más severas que las de décadas anteriores), en el sector sanitario, dos reformas de la década de 2010 han buscado reducir el área de la punibilidad. En el año 2012, a través de la reforma "Balduzzi", se prevé la exclusión de la responsabilidad penal del profesional sanitario en casos de culpa leve (siempre que concurran otras condiciones). En el año 2017, con la reforma "Gelli-Bianco", se prevé una causa de exclusión de la punibilidad del profesional sanitario, aunque también en este caso se subordina a condiciones que pueden comprometer su intención deflacionaria.

Abstract
-
The recent reforms of criminal liability for negligence in Italy highlight an increasingly differentiated approach within the various fields where this kind of liability is more frequent. While in the fields of workplace safety and road traffic, legislation and case law have become increasingly severe towards the "negligent agent", in the healthcare context two recent legislative reforms have sought to reduce the extent of criminalization. In 2012, the so-called "Balduzzi" law provided an exclusion of criminal liability for healthcare professionals in case of "light" negligence (provided other conditions are fulfilled). In 2017, the so-called "Gelli-Bianco" law provided another set of rules on exclusion of healthcare professionals' criminal liability but, as it was the case under the "Balduzzi" law, the necessity to fulfil many conditions to obtain the exemption may compromise the goal of reducing the usage of criminal sanctions in this sector.

Abstract
-
Die letzten Reformen der Fahrlässigkeitstrafbarkeit in Italien lassen hinsichtlich ihrer verschiedenen Erscheinungsformen einen zunehmend differenzierten Ansatz erkennen. Während der Gesetzgeber im Bereich des Arbeitsschutzes und des Straßenverkehrs die Strafbarkeit des fahrlässigen handelnden Täters ausgeweitert hat (und auch die Rechtsprechung strengere Maßstäbe als in den vergangenen Jahrzehnten anlegte), haben im Gesundheitsbereich zwei Reformen des Jahrzehnts 2010 versucht, den Umfang der Strafbarkeit zu verringern. Im Jahr 2012 wurde durch die Reform "Balduzzi" der Ausschluss der Bestrafung des medizinischen Fachpersonals bei geringfügiger Fahrlässigkeit vorgesehen (wenn

InDret
2.2020

Recepción
28/10/2019
-
Aceptación
26/01/2020
-

weitere Bedingungen ebenfalls erfüllt sind). Im Jahr 2017 wurde mit der Reform "Gelli-Bianco" ein Strafausschließungsgrund für das Gesundheitspersonal vorgesehen, der aber nur unter bestimmten Bedingungen Anwendung findet, sodass die Gefahr besteht, dass die deflatorische Absicht der Reform beeinträchtigt wird.

Title: *Recent Trends in Reforming Criminal Liability for Negligence in Italy: the Reform of Healthcare Professionals' Criminal Negligence and the Differences Compared to the Spanish Approach*

Titel: *Neueste Trends bei der Reform der strafrechtlichen Fahrlässigkeit in Italien: Insbesondere die Reform der medizinischen Fahrlässigkeit und die Unterschiede zur spanischen Herangehensweise*

-

Palabras clave: culpa penal; profesionales sanitarios; imprudencia profesional; culpa grave; guías clínicas; buenas prácticas

Keywords: *criminal negligence; healthcare professionals; professional negligence; gross negligence; guidelines; best practices*

Stichwörter: *Fahrlässigkeit; medizinisches Fachpersonal; Richtlinien; gute medizinische Praxis; Leichtfertigkeit*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.07

-

Índice

-

1. Una mirada "dinámica" a la responsabilidad penal por culpa en Italia
2. El intento legislativo de limitar la punibilidad en el ámbito sanitario: el planteamiento del Decreto-Ley "Balduzzi" del año 2012
3. La actualidad: la Ley "Gelli-Bianco" del año 2017 y el riesgo de una esterilización del impulso deflacionario
4. Conclusión
5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Una mirada "dinámica" a la responsabilidad penal por culpa en Italia

Para distintas generaciones de estudiosos del derecho penal de todo el mundo, la literatura alemana ha representado y continúa representando uno de los más importantes puntos de referencia. Esta afirmación vale sobre todo para algunos temas del derecho penal, entre los cuales se encuentra, sin duda alguna, el universo de la imputación culpable, en el que la culpa desempeña un rol central, también en razón de su delicada posición "fronteriza" respecto de la responsabilidad objetiva.

Soy consciente de que en el derecho penal español, el término "culpa", usado principalmente en el pasado, ahora ha sido reemplazado por la expresión "imprudencia", para aludir a la condición jurídica que en el sistema alemán se denomina "Fahrlässigkeit" y en el sistema de common law "negligence". En este trabajo, sin embargo, es preferible usar normalmente la expresión (más "neutra") "culpa" para no alimentar confusiones, porque, como se verá, en Italia, especialmente en los últimos tiempos y en particular en el ámbito sanitario, parece que hay diferentes implicaciones según se trate de "negligencia", "imprudencia" o "impericia".[1]

Entre las obras de referencia sobre este tema se encuentra una monografía de KARL ENGISCH del año 1930, en la que el jurista alemán habla de la "rareza del delito culposo".[2] Ya en el año 1965, en su libro "La colpa per inosservanza di leggi", GIORGIO MARINUCCI, uno de los más importantes maestros del derecho penal italiano reciente, recogía la afirmación de ENGISCH para decir que "desde entonces la situación es radicalmente distinta".[3] El mismo MARINUCCI, poco antes de su fallecimiento en el año 2013, publicó un artículo que puede considerarse como su "testamento" actualizado sobre la culpa.[4] En este artículo, se confirmaba aquel cambio, aún más acelerado

---

∗ Autor de contacto: Matteo Leonida Mattheudakis, matteo.mattheudakis@unibo.it. El trabajo es la versión expandida y con notas de las ponencias presentadas el 23 y 26 de octubre de 2018, respectivamente, en el Campus de Vigo (en el ámbito de las "Xornadas de internacionalización 2018") y en el Campus de Ourense (en el ámbito del "Curso: Actualización Xurídica 2018/2019") de la Universidad de Vigo. Quisiera agradecer por esta preciosa oportunidad, en particular, al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Vigo, al Prof. Contratado Doctor (acreditado Profesor Titular) de Derecho penal en la Universidad de Vigo, Virgilio Rodríguez Vázquez, y a la Prof. Contratada (Interina de Substitución) Doctora de Derecho penal en la Universidad de Vigo, Natalia Torres Cadavid. Traducción desde la lengua italiana por el antedicho, Prof. Dr. Virgilio Rodríguez Vázquez.

[1] Véase, en este mismo sentido, la elección terminológica de PERIN, «La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada», *Política Criminal*, (13:26), 2018, p. 859, n. 1. En la doctrina española, véase, por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 293, que aclara que "el término «imprudencia» equivale al de «culpa» y el de «imprudente» al de «culposo». Aunque todos ellos se hallan ampliamente extendidos en la doctrina, la palabra «imprudencia» tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término «culpabilidad», de uso muy distinto. Por ello propuse sustituir el adjetivo «culposas» que utilizaba el Proyecto CP 1980 y que introdujo la reforma de 1983 en el art. 1 del anterior CP, por el actual «imprudentes»"; entre las contribuciones menos recientes, pero también interesantes para una comparación con la doctrina italiana, QUINTANO RIPOLLÉS, «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica», *ADPCP*, (1), 1954, pp. 45 ss.

[2] ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht,* 1930, p. 476.

[3] MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi,* 1965, p. 2.

[4] MARINUCCI, «La responsabilità colposa: teoria e prassi», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 2012, pp. 1 ss. Todos los escritos de MARINUCCI sobre la culpa se pueden encontrar ahora en un libro publicado justo después de su fallecimiento: EL MISMO, *La colpa. Studi*, 2013.

durante los últimos 40 años. Escribe MARINUCCI: "mientras la criminalidad dolosa aparece estable en todas partes, la curva de la criminalidad culposa ha experimentado, por contra, un incremento extraordinario, impresionante. Es inútil proporcionar estadísticas, porque es un hecho comúnmente conocido y lamentado".[5] Buscando una explicación a esta tendencia, MARINUCCI afirma: "Esta creciente propagación de los hechos culposos no significa un empeoramiento del comportamiento medio individual, sino, simplemente, debe ponerse en relación –según opina la doctrina mayoritaria– con el aumento del maquinismo en general y de la motorización en masa. En los últimos años, con un crecimiento enorme, al menos otros dos fenómenos han realzado la curva de los delitos culposos: los accidentes en el lugar de trabajo y los fenómenos de la mala praxis médica".[6]

No por casualidad, en Italia la responsabilidad penal por culpa ha sido reformada en más de una ocasión en los últimos 15 años en relación con estos sectores,[7] en los que es más recurrente, como lo confirma la consulta de cualquier base de datos de jurisprudencia.

En los últimos tiempos, como se sabe, la tradicional concepción unitaria de la culpa está en vías de ser superada.[8] Se ha marcado la diferenciación entre culpa penal y culpa civil,[9] afirmándose también la tendencia interna en derecho penal a hablar de "colpe" (culpa en plural),[10] con el

---

[5] Para conocer datos estadísticos recientes, se puede consultar el documento ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica), *Delitti, imputati e vittime dei reati. Una lettura integrata delle fonti su criminalità e giustizia*, 2017, en particular pp. 16, 73-79, 92, 100, 128, 131-132 (https://www.istat.it; última visita: 23 de octubre de 2019). La consulta de estos datos muestra una leve disminución de los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas con respecto al comienzo de la década de 2010, pero la particular frecuencia de estos delitos culposos se confirma en comparación con la totalidad de los delitos.

[6] MARINUCCI, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 2012, p. 1.

[7] Cabe señalar que en el año 2015 ha entrado en vigor una importante reforma (Ley 68/2015, de 22 de mayo) respecto a esta materia en el sector ambiental, que también ha contemplado algunas hipótesis de delito culposo, en particular en el artículo 452-quinquies CPI, que establece la punibilidad de las versiones culposas de los delitos ("ordinariamente" dolosos) de "inquinamento ambientale" y "disastro ambientale". Entre los comentarios más exhaustivos sobre esta reforma, por ejemplo, RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, 2015, en particular (para el análisis de las hipótesis culposas) pp. 37 ss.; MANNA (ed.), *Il nuovo diritto penale ambientale (legge 22 maggio 2015, n. 68)*, 2016, en particular pp. 94 ss.; también, MATTHEUDAKIS, «Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (1), 2018, pp. 232 ss., en particular pp. 240 ss.

[8] En la doctrina penal italiana, así, por ejemplo, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, 1996, pp. 334 ss.; CASTRONUOVO, «L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2011, pp. 1609 ss.; PREZIOSI, «Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo d'evento», *Cassazione penale*, (5), 2011, pp. 1985 ss.; CANESTRARI, «La colpa», en CADOPPI/CANESTRARI/MANNA/PAPA, *PG*, v. II, 2013, pp. 135 s.; DONINI/ORLANDI, «La parabola della colpa», en LOS MISMOS (eds.), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, 2013, pp. 30 s.; PIERGALLINI, «Colpa (diritto penale)», en BRECCIA/CHELI/COSTI ET AL. (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, v. X, 2017, pp. 250 ss. En los manuales, por ejemplo, CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., 2017, pp. 466-467.

[9] En particular, CASTRONUOVO, *La colpa penale,* 2009, pp. 471 ss.

[10] Sobre esta expresión, también por ejemplo, RISICATO, «La colpa», en DE VERO (ed.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, v. I, 2010, p. 212 (que, como los autores mencionados en la n. 8, con razón remarca la existencia de una pluralidad de modelos de culpa empezando por la que quizás podría llamarse la "parte general" del ilícito penal culposo: por ejemplo distinguiendo entre "colpa propria"/"colpa impropria"; *culpa in re licita/culpa in re illicita,* etc.); BLAIOTTA, «Legalità, determinatezza, colpa», *Criminalia*, 2012, p. 377; GIUNTA, «Culpa, culpae», *Criminalia*, 2018, pp. 569 ss.

objetivo de poner de manifiesto distintos aspectos sectoriales de la responsabilidad culposa.[11] Según el sector, existen reglas diversas, por ejemplo, sobre el régimen de procedibilidad, que en algunos casos es de oficio y en otros a instancia de parte, con querella por parte del ofendido, pero la diferencia se refiere sobre todo al *an* y al *quantum* de la responsabilidad.

Las reformas realizadas no han modificado casi para nada la parte general del Código penal italiano (en adelante, CPI). Las intervenciones del legislador han afectado, sobre todo, a la parte especial del CPI, donde se encuentran definidos los concretos delitos. En particular, se han modificado los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas (especialmente con referencia a las lesiones graves o gravísimas), previstos respectivamente en los artículos 589 y 590 CPI, estableciendo penas cada vez más severas cuando estos delitos son cometidos con infracción de las normas de circulación vial[12] y de seguridad en el trabajo. Paralelamente, las reformas han tenido como objeto también los textos normativos de los sectores en los que se encuentran las reglamentaciones de aquella actividad. De hecho, el Código de la circulación del año 1992 fue modificado; por su parte, en el año 2008 fue aprobado el llamado texto único "en materia de la salud y de la seguridad en el lugar del trabajo".[13] Estos cuerpos normativos, como es claro, inciden directamente sobre la responsabilidad penal por culpa, porque en muchas situaciones proporcionan indicaciones precisas del comportamiento adecuado; en otras palabras, contribuyen a definir el deber de cuidado que hay que observar en aquella misma situación con el fin de evitar la responsabilidad por culpa.

Otra de las cosas que ha sucedido en el sector de la circulación vial y del ámbito laboral en tiempos recientes, además del aumento de las penas por los delitos de homicidio culposo o lesiones personales culposas (graves o gravísimas), es la tendencia inédita de la jurisprudencia de plantear respecto del conductor, del jefe, así como del empresario, el dolo eventual, definido por doctrina y jurisprudencia "tradicionales" como la condición psicológica de previsión del evento (en estos casos, muerte o lesiones personales) acompañada de la aceptación del riesgo de la producción del citado resultado.[14] Hasta hace diez años atrás, en los dos sectores de

---

[11] En este sentido, significativo es el planteamiento de la obra de VENEZIANI, «I delitti contro la vita e l'incolumità individuale», en MARINUCCI/DOLCINI (dirs.), *PG*, t. II, 2003.

[12] Como se dirá más adelante, en el año 2016 el legislador ha colocado los delitos de homicidio culposo y lesiones personales (graves o gravísimas) culposas realizados en el ámbito de la circulación vial en dos nuevos artículos del CPI (589-*bis* y 590-*bis*), aumentando al mismo tiempo significativamente las penas.

[13] Respecto a las principales reformas del sector vial (en particular, Ley 251/2005, de 5 de diciembre; Ley 102/2006, de 21 de febrero; Decreto-Ley 92/2008, de 23 de mayo –convertido y modificado por la Ley 125/2008, de 24 de julio–; Ley 120/2010, de 29 de julio; Ley 41/2016, de 23 de marzo, sobre que se pueden ver otras referencias más adelante), por ejemplo, LOSAPPIO, «Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale», *Diritto penale contemporaneo*, 30 de junio, 2016, pp. 4 ss.; ROIATI, «L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione», *Diritto penale contemporaneo*, 1 de junio, 2016, pp. 5 s.; MASSARO, «Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"», *Diritto penale contemporaneo*, 20 de mayo, 2016, pp. 6 s.; MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, 2016, pp. 13 ss., 37 ss. Entre los numerosos comentarios sobre la normativa del derecho penal del trabajo, por ejemplo, CASTRONUOVO/CURI/TORDINI CAGLI/TORRE/VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, 2016 (con referencia a los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, en particular, CASTRONUOVO, «I delitti di omicidio e lesioni», pp. 203 ss., especialmente pp. 240 ss.).

[14] En la doctrina italiana, los escritos sobre el tema del dolo eventual son muy numerosos. Entre las obras monográficas enteramente dedicadas al tema, por ejemplo, CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999, en particular pp. 157 ss., trabajo en el

actividad vistos, los procedimientos penales planteados en caso de accidente eran siempre por homicidio o lesiones personales culposas, pero la cosa ha cambiado en tiempos recientes y la consideración del dolo eventual ha traído consigo todos los enormes problemas aparejados a su determinación: resulta todavía de actualidad la bien conocida consideración de WELZEL, para quien la precisa distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente es la cuestión "más difícil y discutida del derecho penal".[15]

En el año 2007, en Turín, se produjo un gran y terrible incendio (*flash fire*) en la sede de la empresa metalúrgica de ThyssenKrupp, en el que murieron siete operarios. Tras verificarse que el hecho fue debido a un importante ahorro en relación con los gastos de mantenimiento de la fábrica, los jueces de primera instancia consideraron correcta y fundada la acusación de homicidio doloso, con dolo eventual, con respecto al administrador delegado de la empresa Thyssenkrupp, que fue así condenado, también por otros delitos, a una pena de 16 años y 6 meses de prisión. En apelación, el mismo hecho fue juzgado como homicidio culposo (confirmando las típicas incertidumbres y oscilaciones en la comprobación del dolo eventual)[16] y la pena se redujo a 10 años de prisión. Esta última solución fue después confirmada por el Pleno de la Corte de Casación en el año 2014, con una sentencia considerada la más importante de los últimos 10 años sobre el tema de la culpabilidad y que ha cambiado la forma de determinación del dolo eventual en una dirección más garantista: esencialmente rechazando algunas presunciones que se consolidaron en la jurisprudencia y formulando una serie de indicadores de dolo (para distinguirlo de la culpa), incluyendo entre ellos la bien conocida (primera) fórmula de Frank.[17]

---

que se propone un enfoque alternativo al basado en el criterio tradicional de aceptación del riesgo. Sobre la tendencia descrita en el texto, consistente en reconocer la subsistencia del dolo eventual en áreas previamente dominadas por la responsabilidad culposa, en particular, de nuevo CANESTRARI, «La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»», *Diritto penale contemporaneo*, 6 de febrero, 2013. Sobre el enfoque más tradicional, en términos críticos, por ejemplo, COCCO, «Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione», *Responsabilità civile e previdenza*, (10), 2011, pp. 1953 ss.; DE VERO, «Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi», en BERTOLINO/EUSEBI/FORTI (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, 2011, pp. 909 ss. Entre las obras relativamente recientes sobre el dolo eventual en la doctrina de lengua española, véase el trabajo de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011, que desarrolla un planteamiento que en Italia no sería fácilmente aceptado, ya que se basa en una excesivamente marcada normativización del dolo.

[15] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* 11ª ed., 1969, p. 69.

[16] Sobre las oscilaciones jurisprudenciales en la comprobación del dolo eventual, por todos, CANESTRARI, «Il dolo», en CADOPPI/CANESTRARI/MANNA/PAPA, *PG*, v. II, 2013, en particular p. 111.

[17] Ver Cass. pen., SU, 24.4.2014, n. 38343 (MP: Rocco Blaiotta), en *Diritto penale contemporaneo*, 19 de septiembre, 2014. Entre los numerosos escritos sobre esta sentencia, AIMI, «Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp», *Diritto penale contemporaneo*, 6 de noviembre, 2014; BARTOLI, «Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"», *Giurisprudenza italiana*, (11), 2014, pp. 2566 ss.; FIANDACA, «Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2014, pp. 1938 ss.; RONCO, «La riscoperta della volontà nel dolo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2014, 1953 ss.; CAPPELLINI, «Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva», *Diritto penale contemporaneo*, 4 de junio, 2015; DE FRANCESCO, «Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative», *Cassazione penale*, (12), 2015, pp. 4624 ss.; DE SANTIS, «Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. "Thyssen" e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio», *Responsabilità civile e previdenza*, (2), 2015, pp. 640 ss.; DE VERO, «Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 2015, pp. 77 ss.; DI BIASE, «Il nuovo volto

De forma parecida, a finales de la década de 2000, también en el sector de la circulación vial, se plantearon los primeros procedimientos por homicidio y lesiones personales dolosas, siempre recurriendo al dolo eventual. Para dar una respuesta a la alarma colectiva del fenómeno conocido como "piratería vial", la judicatura comenzó a considerar el dolo eventual del homicidio y de las lesiones personales normalmente en los casos en los que se verificaba que el resultado era consecuencia de una conducta gravemente "imprudente",[18] similar a la que en España se puede calificar como "temeridad manifiesta" o "manifiesto desprecio por la vida de los demás".[19]

En el año 2016 tiene lugar una reforma, tramitada por la ley n. 41, en la que el legislador prevé los delitos de homicidio culposo (artículo 589-*bis* CPI) y lesiones personales (graves o gravísimas) culposas (artículo 590-*bis* CPI), en el ámbito de la circulación vial, con carácter autónomo, atribuyéndoles unas penas especialmente graves.[20] En algunos casos se produce un

---

del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank. Genesi della pronuncia a Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp e suo recepimento da parte della giurisprudenza successiva», *Indice penale*, (3), 2015, pp. 388 ss.; EUSEBI, «Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), 2015, pp. 623 ss.; RAFFAELE, «La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici". Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp», *Diritto penale contemporaneo*, (4), 2015, pp. 402 ss.; LA MISMA, *Essenza e confini del dolo*, 2018, pp. 303 ss., en particular pp. 317 ss.; ROMANO, «Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), 2015, pp. 559 ss.; SUMMERER, «La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa», *Cassazione penale*, (2), 2015, pp. 490 ss.; SALCUNI, *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, 2017, pp. 234 ss.; ASTORINA MARINO, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, tassatività e individualizzazione*, 2018, pp. 80 ss., 240 ss. Antes de la mencionada sentencia sobre el caso ThyssenKrupp, el Pleno de la Corte de Casación ya se había pronunciado en 2009 sobre el dolo eventual, en ese caso con referencia particular al delito de "receptación" (artículo 648 CPI), atribuyendo también en esa ocasión especial importancia a la (primera) fórmula de Frank: Cass. pen., SU, 26.11.2009, n. 12433 (MP: Giorgio Lattanzi), en *Cassazione penale*, (7), 2010, pp. 2548 ss., con comentario de DONINI, «Dolo eventuale e *formula di Frank* nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico», pp. 2555 ss. y en *Diritto penale e processo*, (7), 2010, pp. 822 ss., con comentario de PISA, «Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale», pp. 826 ss.

[18] Entre los numerosos escritos sobre el punto, MANNA, «Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità», en BARTOLI/BASILE/BELFIORE ET AL., *Studi in onore di Franco Coppi*, v. I, 2011, pp. 213-215 (y 209-210, donde el autor señala una tendencia general a la superposición entre el dolo eventual y la culpa grave); PISA, «Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza», *Diritto penale e processo (Speciale dolo e colpa negli incidenti stradali*), 2011, pp. 13 ss.; CURI, «Le oscillazioni della giurisprudenza tra dolo e colpa nei casi di guida spericolata: uno spazio per la "sconsideratezza"?», en DONINI/ORLANDI (eds.), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, 2013, pp. 331 ss.; VIGANÒ, «Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente», *Diritto penale contemporaneo*, 31 de marzo, 2014, en particular pp. 3 ss.

[19] Por ejemplo, MORENO ALCÁZAR, *Los delitos de conducción temeraria*, 2003; más recientemente, DE VICENTE REMESAL, «Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial», *Revista de derecho y proceso penal*, (36), 2014, pp. 121 ss., que desarrolla un interesante análisis sobre la relación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado en este sector. En la doctrina italiana, en particular, CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003, pp. 178 ss.

[20] Sobre esta reforma, véanse, por ejemplo, MANTOVANI, «In tema di omicidio stradale», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), 2015, pp. 152 ss.; AMBROSETTI, «Il nuovo delitto di omicidio stradale», *Responsabilità civile e previdenza*, (5), 2016, pp. 1785 ss.; D'AURIA, «Omicidio stradale: prime osservazioni», *Diritto penale e processo*, (4), 2016, pp. 432 ss.; LOSAPPIO, *Diritto penale contemporaneo*, 30 de

incremento de la pena del 500 % respecto de la situación anterior. El homicidio más grave en el ámbito de la circulación pasa a ser sancionado con una pena de prisión de 8 a 12 años, pero concurriendo alguna circunstancia agravante, puede llegar a 18 años de prisión.

Aunque pareciera convincente que el legislador mantuviese firme la cualificación culposa de la responsabilidad penal por los accidentes en la circulación, no se puede sin embargo ocultar que penas así de elevadas son más propias de delitos dolosos. Esta desproporción, aunque parece capaz de desalentar futuras acusaciones basadas en el dolo eventual,[21] es poco compatible con diversos principios constitucionales, como el de la racionalidad (basado en el artículo 3 de la Constitución italiana), pero también en el de responsabilidad subjetiva (basado en el artículo 27, apartados 1° y 3° de la misma Constitución), que no se limita a prohibir la responsabilidad objetiva, sino que exige también que exista una correlación proporcionada (*rectius*: no desproporcionada) entre la entidad de la responsabilidad subjetiva y el quantum de la pena:[22]

junio, 2016, en particular pp. 13 ss.; MASSARO, *Diritto penale contemporaneo*, 20 de mayo, 2016, en particular pp. 7 ss.; MENGHINI, *L'omicidio stradale*, 2016, pp. 52 ss., 173 ss.; NOTARO, «I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali: norme "manifesto" o specializzazione dello statuto colposo?», *La legislazione penale*, 28 de julio, 2016; PAVICH, «Omicidio stradale e lesioni stradali: novità e possibili criticità della nuova legge», *Cassazione penale*, (6), 2016, pp. 2309 ss.; ROIATI, *Diritto penale contemporaneo*, 1 de junio, 2016, en particular pp. 6 ss.; SQUILLACI, «Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali», *Diritto penale contemporaneo*, 18 de abril, 2016; ADDANTE, «*Vox populi vox Dei?* L'omicidio stradale: una riforma figlia del tempo attuale», *Archivio penale*, (2), 2017; RUGGIERO, «L'omicidio stradale», en MANNA/PLANTAMURA (eds.), *I reati di omicidio tra teoria e prassi*, 2017, pp. 49 ss.; SCHIRÒ, «Omicidio e lesioni personali stradali», en *Digesto delle discipline penalistiche*, v. X, 2018, pp. 497 ss.; PISTILLI, *Profili penali della colpa stradale*, 2019, pp. 17 ss.; véase también, MATTHEUDAKIS, «Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto… eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza», *Archivio penale*, (1), 2017.

[21] Sobre el tema, especialmente, AMBROSETTI, *Responsabilità civile e previdenza*, (5), 2016, p. 1792; MASSARO, *Diritto penale contemporaneo*, 20 de mayo, 2016, en particular pp. 16 ss.; MENGHINI, *L'omicidio stradale*, 2016, pp. 193 ss.; PISA, «L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale», *Diritto penale e processo*, (2), 2016, pp. 145 ss.; DEMURO, «Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata», *Giurisprudenza italiana*, (4), 2017, pp. 945 ss.

[22] Entre las sentencias recientes más importantes sobre la proporcionalidad de la pena, con especial referencia al artículo 27 de la Constitución italiana, y emancipándose (al menos en parte) de la metodología tradicional basada en el *tertium comparationis*, Corte cost., 21.9.2016, n. 236 (MP: Nicolò Zanon), en *Giurisprudenza costituzionale*, (6), 2016, pp. 2092 ss., con comentario de MANES, «Proporzione senza geometrie», pp. 2105 ss; sobre la misma sentencia véanse también, por ejemplo, DOLCINI, «Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2016, pp. 1956 ss.; DI LELLO FINUOLI, «La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione», *Giurisprudenza italiana*, (6), 2017, pp. 1431 ss.; COTTU, «Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?», *Diritto penale e processo*, (4), 2017, pp. 473 ss.; INSOLERA, «Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?», *Indice penale*, (1), 2017, 176 ss.; PULITANÒ, «La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali» y VIGANÒ, «Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena», ambos en *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), 2017, respectivamente pp. 48 ss., 61 ss. Más recientemente, Corte cost., 25.9.2018, n. 222 (MP: Francesco Viganò), en *Diritto penale contemporaneo*, 10 de diciembre, 2018, con comentario de GALLUCCIO, «La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta»; sobre la misma sentencia véanse también, por ejemplo, BARTOLI, «Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta», *Giurisprudenza costituzionale*, (6), 2018, pp. 2566 ss.; Corte cost., 23.1.2019, n. 40 (MP: Marta Cartabia), en *Diritto penenale contemporaneo*, 18 de marzo, 2019, con comentario de BRAY, «Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a

cuestión que, en la doctrina alemana, evoca expresiones como *Strafzumessungsschuld*, *schuldangemessene Strafe* y *Schuldüberschreitungsverbot*.[23]

2. El intento legislativo de limitar la punibilidad en el ámbito sanitario: el planteamiento del Decreto-Ley "Balduzzi" del año 2012

En sentido contrario a cuanto fue considerado hasta ahora respecto al ámbito de la seguridad en el trabajo y de la seguridad vial, se han producido dos importantes reformas en el ámbito

---

oggetto le droghe pesanti»; sobre la misma sentencia véanse también, por ejemplo, BARTOLI, «La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul *quantum* di pena», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), 2019, pp. 967 ss.; CONSULICH, «La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990», *Giurisprudenza costituzionale*, (2), 2019, pp. 1231 ss.; DODARO, «Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità», *Diritto penale e processo*, (10), 2019, pp. 1403 ss.; INSOLERA, «Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo "nuovo corso" e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti», *Indice penale*, (2), 2019, pp. 253 ss.

[23] Sobre la proporción entre la culpabilidad y el quantum de la pena, entre las aportaciones fundamentales, a veces en términos problemáticos, STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972; ROXIN, «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *MSchrKrim*, (56), 1973, pp. 316 ss.; ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 2 ss.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, en particular pp. 36 ss. (de LA MISMA, en lengua española, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 2003); HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, 2009, pp. 40 ss., 70 ss.; FRISCH, «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *NStZ*, (5), 2013, pp. 249 ss. En la doctrina italiana, por ejemplo, BETTIOL, «Colpevolezza normativa e pena retributiva», en EL MISMO, *Scritti giuridici*, t. II, 1966, en particular pp. 614 s.; MARINUCCI, «Politica criminale e riforma del diritto penale», *Jus*, (4), 1974, p. 481; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, en particular pp. 257 ss., 334 ss.; MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, 1984, en particular pp. 112 ss.; FIANDACA, «Considerazioni su colpevolezza e prevenzione», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 1987, en particular pp. 838 ss., 878 ss.; PADOVANI, «Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 1987, pp. 798 ss., en particular pp. 832 ss.; BRICOLA, «Rapporti tra dommatica e politica criminale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 1988, en particular pp. 22 ss.; VASSALLI, «Colpevolezza», *Enciclopedia giuridica*, v. VI, 1988, pp. 18 ss.; EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, 1990, en particular pp. 127 ss., 145 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992, pp. 88 ss.; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, 1996, en particular pp. 202 ss.; VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, 2000, en particular pp. 187 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, en particular pp. 8 ss., 17 ss.; DONINI, «Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), 2013, en particular pp. 1174 ss.; EL MISMO, «La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), 2018, (en particular pp. 1611 ss.) pp. 1579 ss., donde también se puede leer una innovadora descomposición tripartita de los principios constitucionales derivados del principio de personalidad de responsabilidad penal *ex* artículo 27, 1° apartado de la Constitución italiana ("fatto proprio": hecho propio; "*nullum crimen, nulla poena sine culpa*"; "colpevolezza": culpabilidad); RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, 2018, pp. 33 ss. En la doctrina española, por ejemplo, CEREZO MIR, «Culpabilidad y pena», *ADPCP*, (2), 1980, pp. 347 ss.; sobre las diferentes dimensiones de la culpabilidad, por ejemplo, véase el trabajo relativamente reciente de LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, (3), 2012; sobre los modelos de determinación de la pena, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999; FEIJOO SÁNCHEZ, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret*, (1), 2007; SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2007, en particular pp. 6 ss.

sanitario, que han terminado por reducir el área de la punibilidad por culpa del médico y de otros profesionales sanitarios. Tanto la primera reforma, del año 2012, conocida como la reforma "Balduzzi" (así denominada informalmente usando el apellido del Ministro de Salud de la época: Decreto-Ley 158/2012, de 13 de septiembre),[24] así como la segunda, del año 2017, conocida como la reforma "Gelli-Bianco" (así denominada informalmente usando el apellido de los ponentes de las dos Cámaras del Parlamento: Ley 24/2017, de 8 de marzo),[25] han cubierto

[24] La reforma "Balduzzi" ha sido objeto de muchos comentarios de la doctrina penal y, por lo tanto, es imposible ofrecer referencias exhaustivas. Véanse, entre los primeros comentarios, por ejemplo, CIVELLO, «Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del decreto sanità)», *Archivio penale*, (1), 2013, pp. 1 ss.; CUPELLI, «I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione», *Cassazione penale*, (9), 2013, pp. 2999 ss.; DI LANDRO, «Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. "Balduzzi"). Le indicazioni del diritto comparato», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2013, pp. 833 ss.; FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle "linee-guida Balduzzi"*, 2013; GIUNTA, «Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2013, pp. 819 ss.; GROSSO, «I profili di interesse penalistico del "decreto Balduzzi" (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012): Un'indagine sui delicati rapporti tra linee guida e colpa grave», *La legislazione penale*, (3), 2013, pp. 543 ss.; MANNA, «I nuovi profili della colpa medica in ambito penale», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (1-2), 2013, pp. 91 ss.; POLI, «Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), 2013, pp. 86 ss.; PULITANÒ, «Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), 2013, pp. 73 ss.; ROIATI, «Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?», *Diritto penale e processo*, (2), 2013, pp. 216 ss.; RISICATO, «Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione», *Diritto penale e processo*, (6), 2013, pp. 696 ss.; VALBONESI, «Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 2013, pp. 276 ss.; VALLINI, «L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario.*, (2), 2013, pp. 735 ss.; posteriormente, DI GIOVINE, «In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)», *Archivio penale*, (1), 2014; CALETTI, «La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (1), 2015, pp. 170 ss.; FORTI, «Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate», *Diritto penale e processo*, (6), 2015, pp. 738 ss.; PEZZIMENTI, «La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica», *Rivista italiana diritto e procedura penale,* (1), 2015, en particular pp. 329 ss.; BARTOLI, «Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi», *Diritto penale e processo*, (5), 2016, pp. 643 ss.; BASILE, «Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)», *Diritto penale contemporaneo*, (2), 2017, pp. 159 ss.; PIERGALLINI, en BRECCIA/CHELI/COSTI ET AL. (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, v. X, 2017, pp. 254 ss.

[25] También la reforma "Gelli-Bianco" ha sido objeto de muchos (quizás aún más numerosos) comentarios de la doctrina penal: por ejemplo, CAPUTO/CENTONZE, «La risposta penale alla *malpractice*: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4), 2016, pp. 1361 ss.; ALAGNA, «La controriforma della colpa penale nell'attività medica», *Responsabilità civile e previdenza,* (5), 2017, pp. 1466 ss.; ALEO, «Considerazioni critiche sull'art. 6 della legge Gelli in materia di responsabilità sanitaria», *Indice penale*, (2), 2017, pp. 593 ss.; CALETTI/MATTHEUDAKIS, «Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), 2017, pp. 84 ss.; CANESTRARI, «Criminal liability in a medical context: the Italian law's approach», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (3), 2017, en particular pp. 436 ss.; CUPELLI, «La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco», *Cassazione penale*, (5), 2017, pp. 1765 ss.; D'ALESSANDRO, «La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"», *Diritto penale e processo*, (5), 2017, pp. 573 ss.; DE FRANCESCO, «Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4), 2017, pp. 1525 ss.; DI FLORIO, «Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (*ex* art. 590-*sexies*, c.p.), come introdotta dalla legge *Gelli-Bianco*», *Archivio penale*, (2), 2017; DI GIOVINE, «Mondi veri e mondi

por entero el sistema de la responsabilidad del personal sanitario, en el que las disposiciones de derecho penal representan un porcentaje mínimo.[26]

El artículo 3, 1° apartado, del DL "Balduzzi" estableció que "quienes ejercen una profesión sanitaria que en el ejercicio de la propia actividad se atengan a las guías clínicas y a las buenas prácticas acreditadas de la comunidad científica no responden penalmente por culpa leve". En tales casos, en los que la responsabilidad penal estaba excluida, se añadía que "resta sin embargo la obligación derivada del artículo 2043 del Código civil", que no es otra que la obligación civil de resarcir el daño por haber cometido un ilícito extracontractual.

Esta disposición del año 2012 fue sometida a distintas críticas, pero la doctrina valoró, en todo caso, el intento de reducir el ámbito de la punibilidad. En Italia era una necesidad real reducir la presión judicial desde el ámbito penal sobre una profesión como la sanitaria, que se había refugiado en la reconocida como medicina defensiva.[27] Se trata de un fenómeno conocido

---

immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali», *Cassazione penale*, (6), 2017, en particular pp. 2155 ss.; MASSARO, «L'art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.», *Archivio penale*, (3), 2017; PALERMO FABRIS, «La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (2), 2017, pp. 211 ss.; POLI, «Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?», *Diritto penale contemporaneo*, (2), 2017, pp. 67 ss.; RISICATO, «Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario», *La legislazione penale*, 5 de junio, 2017; ROIATI, «La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni», *Archivio penale*, (2), 2017; SALCUNI, «La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-*sexies* c.p.», *Archivio penale*, (2), 2017; VALLINI, «Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies cp», *La legislazione penale*, 12 de diciembre, 2017; BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale*, 2018, en particular pp. 113 ss.; DI LANDRO, «La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"», *La legisazione penale*, 17 de enero, 2018; GAMBARDELLA, «La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco», *Archivio penale. Speciale riforme*, 2018; ROMANO, «La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi», *Diritto penale contemporaneo*, 16 de noviembre, 2018; VALBONESI, «La ricerca di una efficace medicina per la colpa a un anno dalla legge Gelli-Bianco», *Indice penale*, (2), 2018, en particular pp. 339 ss.

[26] Esta impresión se confirma al consultar los trabajos de comentarios de la reciente reforma "Gelli-Bianco": por ejemplo, ALPA (ed.), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, 2017. En particular, con respecto a la responsabilidad civil, véanse, por ejemplo, FRANZONI, «La nuova responsabilità in ambito sanitario», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (1), 2017, pp. 5 ss.; PUCELLA, «È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (1), 2017, pp. 3 ss.

[27] Entre las numerosas contribuciones de la doctrina penal, por ejemplo, FORTI/CATINO/D'ALESSANDRO/MAZZUCATO/VARRASO (eds.), *Il problema della medicina difensiva*, 2010; EUSEBI, «Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»», *Rivista italiana di medicina legale*, (4-5), 2011, pp. 1085 ss.; BARTOLI, «I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4-5), 2011, pp. 1107 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, 2012, en particular pp. 5 ss.; ROTOLO, «"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso», *Diritto penale e processo*, (10), 2012, pp. 1259 ss.; D'ALESSANDRO, «Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), 2014, pp. 927 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, 2014, en particular pp. 11 ss.; en español, PERIN, *Política Criminal*, (13:26), 2018, pp. 858 ss.

también en España[28] consistente en que el sanitario, con el objetivo principal de protegerse legalmente, trata de evitar iniciar intervenciones con escasa posibilidad de éxito, aunque sean necesarias para el paciente, o lleva a cabo más pruebas y tratamientos de los que serían efectivamente necesarios para el paciente. Todo ello con los efectos negativos de pasar a un segundo plano la salud del paciente y aumentar el coste de los servicios sanitarios.

Hasta el año 2012 no había una previsión legal específica en relación con la responsabilidad del profesional sanitario, por lo tanto se aplicaban las reglas generales de los artículos 42 y 43 CPI, que no distinguían entre culpa grave y leve.

El artículo 42 CPI, en la parte que aquí interesa, es similar al artículo 12 del Código penal español (en adelante, CPE), y prevé que para los delitos, especialmente los más graves, la responsabilidad sea ordinariamente por dolo. La responsabilidad por culpa debe estar expresamente prevista en la Ley.

El artículo 43 CPI proporciona una definición de delito culposo "o sin intención", como aquel en que "el evento, también previsto, no es querido por el sujeto activo y se comprueba que se ha debido a negligencia, imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de la ley, reglamentos, órdenes o disciplinas".

Como se puede observar inmediatamente, a diferencia de lo que ocurre en España, la "imprudencia" se refiere sólo a una particular tipología de la italiana "colpa" y no a la culpa en general. La conocida en España como "imprudencia profesional"[29] en Italia sería reconducida, con toda probabilidad, al ámbito de la "impericia", que es utilizada para referirse a aquellos casos en que la culpa se basa en la violación de las *leges artis* propias de una actividad "técnico-profesional" como la sanitaria. Pero lo que tiene más importancia es que en el artículo 43 CPI no tiene ningún reflejo el grado de la culpa; algo que también falta en los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, que normalmente son los que se dan en la actividad sanitaria. Esto significa que, al menos hasta el año 2012, los profesionales sanitarios podrían ser sancionados también por culpa leve, lo que efectivamente sucedía.

Hacia finales de los años 80 del siglo pasado, la tradicional indulgencia de la jurisprudencia penal respecto a los profesionales sanitarios empieza a venir a menos. Se modifica sobre todo la

---

[28] Por ejemplo, ARIMANY MANSO, «La medicina defensiva: un peligroso boomerang», *Humanitas*, (12), 2007, pp. 11 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, 2012, p. 29.

[29] Entre los autores más acreditados en el tema de "imprudencia profesional" y "inhabilitación profesional", con especial referencia al sector médico, DE VICENTE REMESAL, del cual, véase, por ejemplo, «La regulación de la imprudencia en el Código penal», *Revista Xurídica Galega*, (36), 1999, pp. 13 ss., en particular pp. 24 ss.; EL MISMO, «Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito sanitario», *Controversia*, (1), 2000, pp. 91 ss.; EL MISMO, «La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena», *CPC*, (113), 2014, pp. 45 ss.; EL MISMO, «Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica», *Revista penal*, (39), 2017, pp. 50 ss. En la doctrina italiana, PERIN, *Política Criminal*, (13:26), 2018, pp. 882 ss. (en español); POLI, «La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* (2), 2018, pp. 919 ss.; por último, CAPUTO, «Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la 'viscosità' dell'art. 590-*sexies* c.p. Considerazioni de lege lata e de lege ferenda», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), 2019, p. 460.

cultura de la relación entre el médico y el paciente. Anteriormente, la relación era de tipo paternalístico y la conducta del médico era casi indiscutible. El evento adverso era considerado en medicina como una posibilidad que el paciente debía aceptar y la responsabilidad penal del sanitario era reservada para poquísimos casos de culpa extrema. Con la entrada en los años 90, los procedimientos y las condenas de los profesionales sanitarios por homicidios y lesiones personales culposos fueron en aumento. Esto se hizo posible, entre otras cosas, porque la jurisprudencia consideraba probado el nexo de causalidad sin particular rigor, sobre todo en el caso de las omisiones. Se llegaba a la condena en todos los casos en que era posible afirmar que la conducta debida omitida, si se hubiera realizado, solo habría reducido el riesgo de verificación del evento: la condena era, por tanto, no por no evitar el resultado sino por no reducir la dimensión del riesgo. De esta forma, se transformaba un delito de resultado, como el delito de homicidio culposo o el de lesiones personales culposas, en un delito de peligro, con una flagrante infracción del principio de legalidad previsto en el artículo 25, 2° apartado, de la Constitución italiana.[30]

Sólo en el año 2002 la jurisprudencia empieza a reducir en parte esta tendencia a partir de la sentencia "Franzese", del Pleno de la Corte de Casación,[31] pero aun así se consideraba insuficiente, porque el número de los procedimientos se mostraba todavía muy alto y la medicina defensiva seguía practicándose de forma significativa.[32]

---

[30] En términos críticos, por ejemplo, PALIERO, «La causalità dell'omissione: formule processuali e paradigmi prasseologici», *Rivista italiana di medicina legale*, (4), 1992, en particular pp. 847 ss.; DONINI, «La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato storico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 1999, en particular pp. 71 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., 2003, en particular pp. 374 ss.; ANGIONI, «Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica», en DOLCINI/PALIERO (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, en particular pp. 1308 ss.; VENEZIANI, «Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale», en DOLCINI/PALIERO (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, en particular pp. 1997 ss.; MARINUCCI, «Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), 2009, pp. 523 ss.; en un sentido diferente, VIGANÒ, «Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2009, pp. 1679 ss. y, por último, PERIN, «L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di *chances*"», *Archivio penale*, (2), 2018. Sobre este tema, al que le resulta difícil encontrar estabilización dogmática (con referencia a las relaciones con el concepto de evitabilidad, véase, en particular, SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, 2013, pp. 119 ss.) y aplicativa, véanse, en la doctrina española más reciente, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a derecho,* 2017, en particular pp. 52 ss.; LUZÓN PEÑA, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas*, (6), 2017, pp. 145 ss.; BOLEA BARDON, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret*, (4), 2018; SILVA SÁNCHEZ, «Frustración de oportunidades terapéuticas», *InDret*, (1), 2019, en particular sobre la interrupción de cursos causales salvadores. Permaneciendo en el ámbito de la doctrina española, sobre el concepto de omisión más en general, por todos, SILVA SÁNCHEZ*, El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986; en la doctrina italiana, por todos, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, 1988, en particular pp. 3 ss., pp. 67 ss.

[31] Cass. pen., SU, 10.7.2002, n. 30328 (MP: Giovanni Canzio), en (por ejemplo) *Rivista italiana di medicina legale*, (3), 2002, pp. 1133 ss., con amplio comentario de STELLA, «Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione», pp. 767 ss.

[32] Como puede deducirse de la fecha de los escritos citados en la n. 27, la doctrina penal ha tratado el tema especialmente después de esta (aunque muy importante) sentencia. Proporciona datos estadísticos interesantes BRUSCO, «Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di

Con la reforma del año 2012 se llega finalmente a marcar la posición del legislador en la dirección de reducir la punibilidad del "individuo que ejerce la profesión sanitaria", por tanto, no sólo del médico, sino también de los enfermeros, obstetras, etc.[33]

Como se puede deducir de la lectura del artículo 3, 1° apartado, del DL "Balduzzi", no se dice sin embargo de forma radical que el profesional sanitario no sea nunca sancionable por culpa leve. Esta exclusión de la responsabilidad penal está subordinada al requisito ulterior del respeto de las guías clínicas o buenas prácticas acreditadas por parte de la comunidad científica. La especificación relativa a la necesidad de acreditación científica se basaba en que siempre han existido, en el ámbito sanitario, guías clínicas elaboradas con una prioridad distinta de la protección de la salud del paciente. En algunos casos, por ejemplo, se puede comprender fácilmente que las indicaciones previstas en las guías clínicas se orientan sobre todo al objetivo de limitar costes del tratamiento sanitario. Es lógico, por tanto, que el comportamiento realizado conforme a las guías clínicas pueda no coincidir con el comportamiento impuesto por el deber de cuidado que corresponde observar en el caso concreto.[34]

La norma del año 2012 fue considerada inmediatamente contradictoria por parte de la doctrina, porque hacía difícil poder pensar que el respeto de las guías clínicas o a las buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica podría dejar espacio a una culpa. Se consideraba forzado imaginar –señalaba un conocido fiscal, que frecuentemente contribuye al debate

responsabilità medica», *Diritto penale contemporaneo*, 14 de julio, 2016. En perspectiva histórica, considerando también la responsabilidad civil, CANZIO/PROTO PISANI, «Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica», *disCrimen*, 15 de octubre, 2019.

[33] Véase la larga lista de las profesiones sanitarias en el sitio web del Ministerio de Salud italiano (http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=91&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto; última visita: 23 de octubre de 2019). Véase también la Ley 3/2018, de 11 de enero, centrada, entre otros, en la reorganización de las profesiones sanitarias y que ha previsto una normativa "agravada" en materia de ejercicio abusivo de una profesión (como la sanitaria): en este sentido, se presenta la nueva formulación de los artículos 61, 348, 589 y 590 CPI.

[34] Esto ya estaba claro antes de la entrada en vigor de la reforma "Balduzzi". Véase, en particular, la sentencia "Grassini": Cass. pen., Sec. 4ª, 23.11.2010, n. 8254 (MP: Giacomo Foti), en *Diritto penale e processo*, (10), 2011, pp. 1223 ss., con comentario de CONSORTE, «Colpa e linee guida», pp. 1227 ss. Esta sentencia (con respecto a la cual véase, por ejemplo, también DI LANDRO, «Linee guida e colpa professionale», *il Foro italiano*, (134-7/8), 2011, pp. 424 ss.) ha expresamente afirmado que "si las guías clínicas responden solo a lógicas mercantiles, el respeto de las mismas en detrimento del paciente no puede constituir para el médico un "salvaconducto", capaz de protegerlo de cualquier responsabilidad, penal y civil, o incluso simplemente la moral" (apartado 5). Análogamente, teniendo en cuenta las diferentes orientaciones jurisprudenciales anteriores a la reforma "Balduzzi", la sentencia "Ingrassia": Cass. pen., Sec. 4ª, 11.7.2012, n. 35922 (MP: Patrizia Piccialli), en *Diritto penale e processo*, (2), 2013, pp. 191 ss., con comentario de RISICATO, «Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto», pp. 195 ss.; en *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), 2013, pp. ss., con comentario de ROTOLO, «*Guidelines* e *leges artis* in ambito medico», pp. 277 ss. En doctrina, entre los estudios más detallados sobre las guías clínicas, CAPUTO, «Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e *checklist* nel sistema della responsabilità per colpa medica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), 2012, pp. 875 ss.; EL MISMO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, 2017, pp. 229 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, 2012, en particular pp. 8 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, 2014, pp. 125 ss.

doctrinal sobre la responsabilidad penal del profesional sanitario– un profesional sanitario que actúa *in culpa sine culpa*.[35]

En realidad, esta objeción, aunque sugestiva, fue rápidamente superada. En concreto, el artículo 3 DL "Balduzzi" se limitaba esencialmente a dos diversas tipologías de casos, que consisten o bien en un "cumplimiento imperfecto" o bien en un "cumplimiento inoportuno". Los "cumplimientos imperfectos" estarán integrados por los errores vinculados a las guías clínicas o buenas prácticas establecidas para el caso concreto. Mientras que los "cumplimientos inoportunos" serán aquellos supuestos en los que el sanitario respeta las guías clínicas y las buenas prácticas acreditadas por parte de la comunidad científica pero en el caso concreto era necesario un comportamiento distinto a ese.[36]

Como ya se ha dicho, tanto el "cumplimiento imperfecto" como el "cumplimiento inoportuno", podían excluir la responsabilidad por culpa, a condición de que la culpa del profesional sanitario fuese leve. Al respecto, es necesario precisar que en Italia el grado de la culpa normalmente importa solo para el *quantum* de la pena. Como se prevé en el artículo 133 CPI, el juez puede y debe determinar la pena por un delito culposo también en función del grado efectivo de la culpa. No es sin embargo considerado decisivo un particular grado de culpa para decidir qué da lugar a la responsabilidad penal. Solo constituyen una excepción algunos supuestos de hecho, que quedan fuera del CPI, sobre todo en la Ley Concursal (de quiebra empresarial) del año 1942 (Decreto Real 267/1942, de 16 de marzo), en concreto en el artículo 217 (véase, hoy, el artículo 323 del Decreto-Legislativo 14/2019, de 12 de enero), donde se encuentra tipificado el delito de quiebra simple, que se comete, por ejemplo, por llevar a cabo "operaciones por imprudencia grave para retardar la quiebra".[37] No es un caso, por tanto, que la doctrina penalística italiana haya descuidado por mucho tiempo el tema del grado de la culpa, habiendo recuperado este tema con ocasión del DL "Balduzzi".

Respecto al grado de culpa, la previsión normativa del año 2012 fue criticada porque pareciera implicar una infracción del principio constitucional de igualdad (artículo 3 de la Constitución italiana). Se dudaba que fuese razonable excluir la responsabilidad por culpa leve sólo en el

---

[35] PIRAS, «In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189», *Diritto penale contemporaneo*, 26 de noviembre, 2012. En términos críticos también TORRACA, «"Nuovi" confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi?», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (3), 2012, pp. 817 ss.; GIUNTA, *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2013, pp. 819 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, 2014, pp. 179 ss.

[36] En este sentido, la sentencia "Cantore": Cass. pen., Sec. 4ª, 29.1.2013, n. 16237 (MP: Rocco Blaiotta), en *Cassazione penale*, (9), 2013, pp. 2984 ss. (en particular, apartado 11), con comentario de CUPELLI, pp. 2999 ss. Sobre esta sentencia, véanse, en particular, RISICATO, *Diritto penale e processo*, (6), 2013, pp. 696 ss.; ROIATI, «Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), 2013, p. 99 ss. Para una mejor aclaración de la opción de hablar de "cumplimiento imperfecto" y "cumplimiento inoportuno", permítase la referencia a CALETTI/MATTHEUDAKIS, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), 2017, pp. 90 s., en particular n. 20.

[37] Por último, en el tema, POLI, *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* (2), 2018, p. 904. El Autor señala acertadamente que la doctrina no es unánime en considerar las hipótesis de quiebra simple del artículo 217 de la Ley Concursal. Entre quienes consideran que todas las hipótesis del artículo 217 LC son dolosas, por ejemplo, COCCO, «Art. 217», en PALAZZO/PALIERO (eds.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., 2007, pp. 1209 ss. En el tema, ampliamente, MICHELETTI, «La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (3), 2000, pp. 609 ss.

caso del personal sanitario y no para otros sujetos que ejercen una profesión de cualquier manera peligrosa para los mismos bienes jurídicos.[38]

La categoría jurídica española de la "imprudencia profesional", por ejemplo, no vale sólo para el profesional sanitario, sino también para otros profesionales, estableciendo una responsabilidad agravada respecto a la hipótesis de una culpa no profesional, porque además de la pena, comporta la "inhabilitación profesional" hasta 6 años en caso de "homicidio imprudente" y hasta 4 años en caso de "lesiones imprudentes" (artículos 142 y 152 CPE).

Las dudas sobre la infracción del principio de igualdad llevaron al Tribunal de Milán a pedir en el año 2013 la intervención de la Corte Constitucional, planteando que el artículo 3 del DL "Balduzzi" fuese inconstitucional también por falta de taxatividad, porque no resultaban claros los criterios que habría que tener en cuenta para considerar acreditadas por parte de la comunidad científica las guías clínicas o las buenas prácticas.[39] Y, además, en realidad, no es más claro y preciso el significado de las propias guías clínicas y buenas prácticas y, por lo tanto, la diferencia entre estos dos conceptos, de los cuales han circulado las interpretaciones más diversas.[40]

La Corte no se ha pronunciado sobre la cuestión, porque ha declarado manifiestamente inadmisible la cuestión planteada por imposibilidad de verificar la relevancia jurídica a examen del Tribunal de Milán.[41]

En cuanto a la infracción del principio de igualdad, parte de la doctrina ha defendido la idea de que el profesional sanitario pueda ser tratado de forma diferente a cómo se hace respecto a otros profesionales que, por ejemplo, proyectan puentes, centrales nucleares o naves espaciales. Para estos otros sujetos –se ha observado de modo convincente– las dificultades técnicas podrían ser incluso mayores pero son, sin embargo, cualitativamente distintas de las del sector médico, porque las leyes de la física se rigen por reglas de mayor certeza que las que hacen referencia al cuerpo humano. En este sentido se ha hablado de la mayor "casualidad de la biología", que debería hacer más tolerables los eventos adversos verificados en medicina.[42]

---

[38] ROMANO, en FORTI/CATINO/D'ALESSANDRO/MAZZUCATO/VARRASO (eds.), *Il problema della medicina difensiva,* 2010, pp. 123 s.; en el mismo sentido, MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, 2014, pp. 188 s. Para un resumen de las diversas perplejidades con respecto a la despenalización de la culpa leve solo en el en el ámbito sanitario, véase también RISICATO, *Diritto penale e processo*, (6), 2013, p. 699.

[39] Trib. Milano, Sec. 9ª, (ord.) 21.3.2013 (MP: Bruno Giordano), en *Diritto penale contemporaneo*, 29 de marzo, 2013, con comentario de SCOLETTA, «Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale»; en *Responsabilità civile e previdenza*, (4), 2013, pp. 1256, con comentario de PONTIS, «La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?», pp. 1263 ss.

[40] Permítase la referencia a CALETTI/MATTHEUDAKIS, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), 2017, pp. 100 s.

[41] Corte cost., (ord.) 6.12.2013, n. 295 (MP: Giuseppe Frigo), en *Diritto penale contemporaneo*, 9 de diciembre, 2013, con comentario de GATTA, «Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano».

[42] Así DI GIOVINE, *Archivio penale*, (1), 2014, pp. 6 s.. Cree que el legislador puede crear legítimamente un estatuto diferenciado de la responsabilidad culposa para el profesional sanitario, PULITANÒ, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), 2013, p. 77.

La solución española de equiparar el tratamiento de todos los profesionales a efectos de la responsabilidad penal por culpa no parece en radical contradicción con esta consideración, porque en España la responsabilidad del sanitario siempre se excluye en casos de "imprudencia leve", siendo sólo posible por "imprudencia grave" ("imprudencia profesional") o por "imprudencia menos grave", que parece no coincidir con la "imprudencia leve", sino que parece consistir en una especie de culpa "intermedia", que en Italia solo alguna parte de la doctrina considera existente. [43]
La falta de taxatividad era quizás un problema más evidente y en este punto –probablemente el único– la reforma del año 2017 ha mejorado la situación.

Antes de pasar al análisis de esta reforma, actualmente en vigor, es necesario considerar cuántas y cuáles aplicaciones ha habido de la causa de exclusión de la responsabilidad penal prevista en el DL "Balduzzi", que la Corte de Casación ha calificado como una causa de exclusión de la tipicidad.[44] La jurisprudencia raramente ha absuelto al profesional sanitario amparándose en este elemento que ha sido invocado en muchas sentencias pero casi siempre para excluir su aplicación.[45]

Esto ha sucedido principalmente por dos razones.

En primer lugar, porque la jurisprudencia llegó al convencimiento, a pesar del silencio de la disposición en este punto, de que el artículo 3 del DL "Balduzzi" podría ser aplicado sólo en los casos de "impericia", pero no entendido como la versión técnico-profesional de "negligencia" e "imprudencia", sino como una cosa radicalmente distinta. En muchos casos de violación de las *leges artis* sanitarias se ha considerado estar en presencia de "negligencia" o "imprudencia", proponiendo así una *interpretatio abrogans* de la norma. Por ejemplo, en los casos de omisión o diagnóstico tardío, que son casos típicos de inobservancia de las *leges artis* sanitarias, la jurisprudencia frecuentemente ha calificado la conducta en términos de "negligencia", considerando sin embargo como una "imprudencia" el alta precipitada del paciente.[46]

---

[43] Por ejemplo, MANNA, «Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), 2014, p. 1203, que habla de "colpa ordinaria". En la doctrina española, por ejemplo, DAUNIS RODRÍGUEZ, «La imprudencia menos grave», *InDret*, (3), 2018, en particular pp. 26 ss., p. 42: "La imprudencia menos grave no puede identificarse plenamente con la imprudencia leve. En puridad, la primera opción del legislador reformista era castigar únicamente los actos cometidos por imprudencia grave y derivar el resto de comportamientos imprudentes al ámbito civil. Sin embargo, la alarma que generó dicha opción legislativa en distintos operadores jurídicos (abogados y, especialmente, fiscales), en las asociaciones de víctimas y en la mayor parte de la doctrina, enmendó al legislador que, finamente, acabó incorporando, en lugar de la imprudencia leve, la menos grave".

[44] Se alude a la citada sentencia "Cantore": Cass. pen., Sec. 4ª, 29.1.2013, n. 16237. En este aspecto particular, la sentencia ha sido analizada por GATTA, «Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve», *Diritto penale contemporaneo*, 4 de febrero, 2013.

[45] En un caso se ha considerado de forma expresa potencialmente decisivo el artículo 3 DL "Balduzzi" para excluir la punibilidad del sanitario, pero, en realidad, como admite la sentencia ("Manzo"), la culpa era completamente inexistente: Cass. pen., Sec. 4ª, 19.1.2015, n. 9923 (MP: Patrizia Piccialli), en *Diritto penale e processo*, (9), 2015, pp. 1144 ss., con comentario de CALETTI, «Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi», pp. 1147 ss.

[46] Véase, en particular, PIRAS, «*Culpa levis sine imperitia non excusat*: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi», *Diritto penale contemporaneo*, 24 de abril, 2015.

En segundo lugar, al prescindir de la especie de la culpa a la que se reconducen los supuestos de violación cautelar, la misma culpa nunca más llegaba a considerarse leve. También de esta manera, por tanto, se ha reafirmado la no aplicación de la norma.[47]

3. La actualidad: la Ley "Gelli-Bianco" del año 2017 y el riesgo de una esterilización del impulso deflacionario

La parte penal del DL "Balduzzi" ha tenido vida breve. Después de casi 5 años, ha sido superada por otra reforma de amplio espectro, realizada con la ley n. 24/2017, conocida como "Gelli-Bianco".[48]

Esta reforma, para lo que aquí interesa, ha introducido en el CPI un nuevo artículo, el 590-*sexies*, bajo la rúbrica de "responsabilidad culposa por muerte o lesiones personales en el ámbito sanitario". Este nuevo artículo está formado de dos partes. En primer lugar, se prevé que "si los hechos en los cuales resultan de aplicación los artículos 589 y 590 [homicidio culposo y lesiones personales culposas] son cometidos en el ejercicio de la profesión sanitaria, se aplican las penas en ellos establecidas salvo lo dispuesto en el segundo apartado" (1° apartado). En el segundo apartado se señala que "cuando el evento se ha verificado por impericia, la responsabilidad [penal] se excluye cuando se demuestra que se han respetado las recomendaciones previstas en las guías clínicas así definidas y publicadas con arreglo a esta ley,[49] y en ausencia de estas, las buenas prácticas clínico-asistenciales, siempre que las recomendaciones previstas en las guías clínicas resulten adecuadas a la especificidad del caso concreto" (2° apartado).

Tras la novedad introducida respecto al 2012, emerge inmediatamente la inclusión directamente en el CPI, por primera vez, de una normativa *ad hoc* sobre la responsabilidad por culpa (*rectius*: "impericia") del profesional sanitario, mientras sigue faltando en el ordenamiento una norma que se pronuncie directamente sobre los presupuestos generales de la licitud penal de la actividad médica. La única disposición que es posible invocar al respecto está contenida en una reciente ley en materia de consentimiento informado y las disposiciones previas al tratamiento, aprobada también en el año 2017 (Ley 219/2017, de 22 de diciembre), en la que se afirma que "se considera que el médico respeta la voluntad expresa del paciente de rechazar el tratamiento sanitario o de renunciar al mismo y, en consecuencia, está exento de responsabilidad civil y penal" (artículo 1, 6° apartado).[50]

Observando más de cerca las principales diferencias entre las disposiciones penales de la reforma "Balduzzi" y las de la reforma "Gelli-Bianco", se puede señalar como en el artículo 3

---

[47] Entre las sentencias en las que emergen todas las barreras de aplicación indicadas en el texto, Cass. pen., Sec. 4ª, 8.7.2014, n. 7346 (MP: Lucia Esposito), *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2015, pp. 636 ss., con comentario de MALDONATO, pp. 638 ss.

[48] Véanse las n. 25 y 26.

[49] N. del T. Se refiere a la Ley Gelli-Bianco.

[50] Por todos, CANESTRARI, «La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento», *La legislazione penale*, 19 de diciembre, 2018. Sobre el caso particular de Marco Cappato y Fabiano Antoniani (Dj Fabo), las numerosas contribuciones en MARINI/CUPELLI (eds.), *Il caso Cappato Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, 2019; también MANES, «È ancora suicidio? (note di udienza – Corte costituzionale – udienza del 23 ottobre 2018)» (https://www.associazionelucacoscioni.it: última visita: 23 de octubre de 2019).

del DL "Balduzzi", el legislador no hacía referencia explícita a los ilícitos penales en relación con los cuales se podía invocar la exención de responsabilidad penal. En el nuevo artículo 590-*sexies* CPI, introducido por la L "Gelli-Bianco", en cambio, se hace una referencia explícita a los delitos de homicidio y lesiones personales culposos. Son limitadas, sin embargo, las hipótesis en las que no se podrá alegar tal excusa, como por ejemplo en la interrupción culposa del embarazo, delito previsto en una ley especial del año 1978 (Ley 194/1978, de 22 de mayo).

Como ya se ha dicho, la reforma "Balduzzi" no indicaba con suficiente precisión cuáles eran las guías clínicas y las buenas prácticas relevantes de cara a su aplicación, limitándose a requerir que fuesen acreditadas por la comunidad científica. El reciente artículo 590-*sexies* CPI, en cambio, concreta las guías clínicas relevantes de forma expresa como aquellas que son definidas y publicadas en el sentido de la ley ("Gelli-Bianco"): "elaboradas por las entidades e instituciones públicas y privadas así como por las sociedades científicas y por las asociaciones técnico-científicas de los profesionales sanitarios inscritas en una lista reglamentada a través de decreto por el Ministerio de la Salud, emitido antes de 90 días respecto a la entrada en vigor de la presente ley, actualizada [la lista] con una periodicidad bianual" (artículo 5, 1° apartado, L "Gelli-Bianco").[51] El artículo 5 continúa concretando en el 3° apartado: "Las guías clínicas y las actualizaciones de las mismas elaboradas por los sujetos referidos en el apartado primero son integradas en el Sistema nacional para las guías clínicas (SNLG) que es regulado por decreto entre las competencias y las funciones del Ministerio de la salud" [...] "El Instituto Superior de la Sanidad publica, en su sitio web, las guías clínicas y sus actualizaciones incluidas en el SNLG, previa verificación de la conformidad de la metodología adoptada con los estándares definidos y hecho públicos por el mismo Instituto, así como de la relevancia de las evidencias científicas declaradas como base de las recomendaciones".

De esta manera, se ha intentado poner remedio a la crítica de la indeterminación de la reforma "Balduzzi" y que había alimentado la cuestión de la legitimidad constitucional por supuesta violación del principio de legalidad del artículo 25, 2° apartado de la Constitución. Se logra una mejoría en términos de taxatividad, aunque se trata de un procedimiento todavía poco desarrollado. A finales de octubre de 2019, más de dos años y medio después de la entrada en vigor de la ley, sólo 3 guías clínicas resultan ya acreditadas formalmente: una en materia de hemorragia *post partum*, otra sobre el control sanitario de los inmigrantes en las fronteras y, por último, una (muy poco relevante para la responsabilidad del profesional sanitario) en materia de prevención de accidentes domésticos en edad infantil; aunque más de 100 guías clínicas están en fase de evaluación.[52]

En el sitio de internet del Instituto Superior de la Sanidad, se encuentra también ahora una definición "extraoficial" de las guías clínicas: "Por guía clínica potencialmente publicable en el SNLG [Sistema nacional para las guías clínicas] se considera cualquier documento que contenga recomendaciones de contenido clínico o clínico organizativo para la práctica profesional conexa a la ejecución de la prestación sanitaria con finalidad preventiva, diagnóstica,

[51] Con respecto a la fuerza jurídicamente vinculante de guías clínicas y buenas prácticas, el mismo 1° apartado del artículo 5 de la L "Gelli-Bianco" establece que los profesionales sanitarios "se atienen", salvo las especificidades del caso concreto, a las guías clínicas publicadas en arreglo a la ley; en ausencia de dichas guías clínicas publicadas, los profesionales sanitarios "se atienen" (también en este caso, salvo las especificidades del caso concreto) a las buenas prácticas clínico-asistenciales.

[52] La consulta de estos documentos es posible en la dirección web https://snlg.iss.it (última visita: 23 de octubre de 2019).

terapéutica, paliativa, de rehabilitación y de medicina legal desarrollada a través de un proceso sistemático de revisión crítica de las evidencias disponibles y que ofrece una valoración clara de los riesgos y de los beneficios de las diferentes opciones".

Hoy, a diferencia de lo previsto en la reforma del año 2012, la adhesión a las buenas prácticas (que también se pueden encontrar sin estar codificadas en textos escritos) viene considerada útil con el objetivo de excluir la responsabilidad del sanitario solo en ausencia de guías clínicas acreditadas. Está prevista, por tanto, una subordinación de las buenas prácticas a las guías clínicas.

La L "Gelli-Bianco" no prevé la necesidad de acreditar formalmente las buenas prácticas, pero sin embargo se contempla, con fines de seguimiento, la institución del "Observatorio nacional de las buenas prácticas para la seguridad en la sanidad", el cual continúa la tradición de un Observatorio que ya existe desde el año 2008 (el "Observatorio de Buenas Prácticas").[53] Como puede verse, consultando este Observatorio, en la primera década de actividad no pocas guías clínicas han sido clasificadas (también) como buenas prácticas, lo que parece demostrar que, para la opinión de la comunidad científica, no hay una diversidad ontológica radical entre los dos conceptos.[54]

Sobre esta base, parece posible encontrar una solución "práctica" al problema de la escasez de guías clínicas formalmente acreditadas. Considerando las guías clínicas no acreditadas como buenas prácticas, en efecto, se puede hacer inmediatamente operativo lo señalado en el artículo 590-*sexies* CPI. Esta solución no está en contradicción con las disposiciones de la reforma "Gelli-Bianco", que puede entenderse que establece una prioridad de las guías clínicas formalmente acreditadas, y, por otra parte, ya ha sido valorada positivamente por una reciente corriente jurisprudencial.[55]

Continuando con la comparación entre las leyes del año 2012 y del año 2017, hoy se requiere explícitamente que las guías clínicas o las buenas prácticas sean adecuadas a las especificidades del caso concreto, para evitar que la conducta del sanitario se limite a un cumplimiento acrítico conforme a lo previsto en estas fuentes de comportamiento. Este requisito, que intenta

[53] En el sitio web de este Observatorio más antiguo (http://buonepratiche.agenas.it; última visita: 23 de octubre de 2019), se encuentra una definición "extraoficial" de buenas prácticas, entendidas como "aquellas prácticas para la seguridad del paciente –basadas sobre, y realizadas en conformidad con los principios de la ciencia de la seguridad, del Evidence Based Practice, de la ergonomía o de la mejora continua de la calidad– cuya eficacia en la mejora de la seguridad o en la reducción del riesgo y de los daños al paciente derivados de la asistencia sanitaria, sea demostrada en más de un contexto, previa adaptación a la situación concreta".

[54] Véase, en particular, Fiori/Marchetti, «L'articolo 3 della legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2013, p. 570, según los cuales, las buenas prácticas "incluyen obviamente, cuando existen en relación con el caso específico, las guías clínicas u otras indicaciones técnico-profesionales acreditadas".

[55] Por ejemplo, Trib. Parma, 18.12.2018 (MP: Luca Agostini), en *Diritto penale contemporaneo*, 9 de abril, 2019, con comentario de Mattheudakis, «Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.», en particular § 9 (incluidas las n. 7-11), donde más desarrollos de esta tesis; Cass. pen., Sec. 4ª, 21.3.2019, n. 28102 (MP: Emanuele Di Salvo), en *DeJure*.

prevenir la medicina defensiva, parece por tanto cerrar la posibilidad, prevista en cambio en el DL "Balduzzi", de excluir la responsabilidad por el "cumplimiento inoportuno".[56]

Los aspectos más problemáticos del nuevo artículo 590-*sexies* CPI son dos. El primero es la referencia explícita a la "impericia", que, como he dicho, viene entendiéndose de forma confusa por la jurisprudencia, y genera el riesgo de conducir a la inaplicación de la nueva norma, así como sucedió con el DL "Balduzzi". El segundo, y más importante, es la desaparición de la referencia al grado de la culpa, elemento que, más que cualquier otro, podría realizar una función verdaderamente reductiva de la (aún excesiva) responsabilidad penal.

No es para nada sencillo entender bien cuál puede ser el espacio de aplicación del artículo 590-*sexies* CPI. Un gran maestro del derecho penal italiano contemporáneo, DOMENICO PULITANÒ, ha honrado a GIAN MARCO CALETTI y a quien escribe con una cita en su manual, encontrando eficaz nuestro modo de definir este problema como un "rompecabezas interpretativo".[57]

La desorientación hermenéutica se ha traducido en una contradicción interna en la sección IV (penal) de la Corte de Casación, que es la que se ocupa de los procedimientos por los delitos culposos, cuyos primeros dos pronunciamientos han seguido caminos radicalmente distintos.

La primera sentencia ("Tarabori"),[58] definida como "rica, culta y compleja",[59] ha considerado que el artículo 590-*sexies* CPI no puede aplicarse en casos de culpa grave, porque esta solución no estaría en sintonía con varios principios constitucionales. En particular, estaría violando el artículo 32 de la Constitución, "implicando una radical devaluación de la tutela de la salud, contrastando con la misma finalidad declarada de la ley". Pero al tiempo que decía esto, no ha sabido proporcionar una respuesta suficientemente clara al intérprete.

Pocos meses después (en la sentencia "Cavazza"),[60] la Corte ha revisado la operatividad de la nueva disposición normativa en todas las hipótesis de errores ejecutivos de una guía clínica

---

[56] De opinión diferente VALLINI, *La legislazione penale*, 12 de diciembre, 2017, en particular pp. 24 ss., según el cual el artículo 590-*sexies* CPI "'excusa' al médico engañado por la confianza en las recomendaciones de las que el Estado es el 'garante'".

[57] PULITANÒ, *Diritto penale*, 7ª ed., 2017, p. 317.

[58] Cass. pen., Sec. 4ª, 20.4.2017, n. 28187 (MP: Andrea Montagni; co-redactor el presidente, Rocco Blaiotta), en *Diritto penale contemporaneo*, 13 de junio, 2017, con comentario de CUPELLI, «La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio»; así como en, por ejemplo, *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2017, pp. 713 ss., con comentario de CAPUTO, «'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi», pp. 724 ss. y COLACURCI, «La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione "correttiva" della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte», (3), pp. 1155 ss.; en *Giurisprudenza italiana*, (10), 2017, pp. 2199 ss., con comentario de RISICATO, «Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione», pp. 2201 ss.; en *Danno e Responsabilità*, (6), 2017, pp. 727 ss., con comentario de DI LELLO FINUOLI, «Responsabilità colposa in ambito sanitario: la Cassazione esclude l'impunità dell'imperizia», pp. 736 ss.; en *Diritto penale e processo*, (10), 2017, p. 1369, con comentario de CALETTI/MATTHEUDAKIS, «La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"», pp. 1369 ss.

[59] Así CAPUTO, *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2017, p. 724.

[60] Cass. pen., Sec. 4ª, 19.10.2017, n. 50078 (MP: Patrizia Piccialli), en *Diritto penale contemporaneo*, 7 de noviembre, 2017, con comentario de CUPELLI, «Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite» y de PIRAS, «La non punibilità dell'imperizia medica *in executivis*», 5 de diciembre, 2017.

correctamente seleccionada para el tratamiento del paciente, al prescindir del grado de la culpa (*rectius*: "impericia"), que podría por tanto también ser grave, porque el legislador no había atribuido ninguna relevancia a la gradación de la culpa.

Frente a una contradicción tan manifiesta,[61] se consideró necesaria la intervención inmediata del Pleno de la Corte de Casación (sentencia "Mariotti"),[62] llegando a adoptarse una posición intermedia.

---

[61] Destaca claramente la diferente metodología hermenéutica de las dos sentencias MANES, «Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"», *Diritto penale contemporaneo*, 17 de enero, 2018, p. 9, n. 43. Con respecto al muy animado debate italiano sobre el tema del derecho "jurisprudencial" penal, véase, en lengua española, DONINI, «El Derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos», *InDret*, (2), 2018.

[62] Cass. pen., SU, 21.12.2017, n. 8770 (MP: Maria Vessichelli), en *Diritto penale contemporaneo*, 1 de marzo de 2018, con comentario de CUPELLI, «L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile». Sobre la misma sentencia, por ejemplo, ALAGNA, «La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità», *Responsabilità civile e previdenza*, (3), 2018, pp. 888 ss.; AMATO, «Conclusione giusta e in linea con la norma e contro le negligenze», *Guida al diritto*, (12), 2018, pp. 28 ss.; BARTOLI, «Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica», *Diritto penale contemporaneo*, (5), 2018, pp. 233 ss.; BLAIOTTA, «Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica», *Diritto penale contemporaneo*, 28 de mayo, 2018; BORSARI, «La responsabilità penale del sanitario nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Considerazioni rapsodiche», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (2), 2018, pp. 189 ss.; BRUSCO, «L'intervento delle Sezioni unite sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge Gelli-Bianco», il *Penalista*, 12 de marzo, 2018; CAPUTO, «Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), 2018, pp. 345 ss.; GAMBARDELLA, *Archivio penale. Speciale riforme*, 2018; LUPO, «Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente», *Diritto e salute*, (2), 2018, pp. 37 ss.; PIRAS, «Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico», *Diritto penale contemporaneo*, 20 de abril, 2018; RISICATO, «Le Sezioni unite salvano la rilevanza *in bonam partem* dell'imperizia ''lieve'' del medico», *Giurisprudenza italiana*, (4), 2018, pp. 948 ss.; ROIATI, «Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.», *Archivio penale*, (2), 2018; permítase también la referencia a CALETTI/MATTHEUDAKIS, «La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia ed "antiche" incertezze», *Diritto penale contemporaneo*, (4), 2018, pp. 25 ss. Posteriormente, por ejemplo, CUPELLI, «L'anamorfosi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2018, pp. 1969 ss.; DI GIOVINE, «A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017)», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), 2018, pp. 837 ss.; DI LANDRO, «Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane», *Archivio penale*, (2), 2018; GIRANI, «Uno sguardo alla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale del sanitario a quasi un anno dalla pronuncia delle Sezioni Unite», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (4), 2018, pp. 437 ss.; TERRIZZI, «Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco», *Diritto penale contemporaneo,* (7-8), 2018, pp. 93 ss.; LA MISMA, también, «Le linee guida in funzione "espansiva" del diritto penale: quando l'*Unglück* si trasforma in *Unrecht*», *Diritto penale contemporaneo*, (7-8), 2019, pp. 107 ss.; VALBONESI, *Indice penale*, (2), 2018, pp. 333 ss.; CALETTI, «La Cassazione alle prese con il "post-Mariotti": precisazioni "metodologiche" in tema di prova scientifica, linee guida e apprezzamento della responsabilità penale del sanitario», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), 2019, pp. 289 ss.; MERLI, «La causa di impunità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco in materia di colpa medica. Le Sezioni Unite recuperano la colpa lieve come requisito intrinseco alla norma», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2019, pp. 531 ss.; SCHIAVO, «La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco», *Diritto penale contemporaneo*, 3 de mayo, 2019.

La sentencia ha calificado la disposición del artículo 590-*sexies* CPI como una causa de exclusión de la punibilidad en sentido estricto y ha considerado todavía la posibilidad de asignar por vía interpretativa un rol decisivo al grado de la culpa (*rectius*: "impericia").[63]

La responsabilidad penal del sanitario por homicidio culposo y lesiones personales culposas podría ser hoy posible:[64]

"a) si el evento ha sido producido por culpa (también "leve") debido a negligencia o imprudencia;

b) si el evento se ha producido por culpa (también "leve") debido a impericia cuando el caso concreto no es regulado por recomendaciones de las guías clínicas o de las buenas prácticas clínico-asistenciales;

c) si el evento se ha producido por culpa (también "leve") debido a impericia en la individualización y selección de las guías clínicas o de las buenas prácticas clínico-asistenciales no adecuadas a la especificidad del caso concreto;

d) si el evento se ha producido por culpa "grave" debido a impericia en la ejecución de las recomendaciones de las guías clínicas-asistenciales adecuadas, teniendo en cuenta el grado de riesgo de la ejecución y de las especiales dificultades del acto médico".

Si esta es quizás la interpretación más aceptable del producto legislativo del año 2017,[65] depende de considerar, sin embargo, si la normativa vigente es verdaderamente satisfactoria desde la perspectiva de la tutela del sanitario ante un riesgo penal excesivo.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que, como en el año 2012, se ha descuidado la dimensión plurisubjetiva de la actividad médico-quirúrgica, porque las normas hasta ahora comentadas se han construido como si la responsabilidad penal culposa se produjese en un contexto típicamente monosubjetivo, pero no es así.[66] Cualquiera que haya leído alguna

---

[63] La posición de la Corte con respecto a la recuperación de un rol para el grado de la culpa está en línea con una propuesta interpretativa del artículo 590-*sexies* CPI que había sido formulada, por ejemplo, por Gian Marco Caletti y quien escribe (lo reconoce explícitamente Borsari, *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (2), 2018, p. 203, n. 77) en una publicación de comentario de la primera de las dos sentencias precedentes (la sentencia "Tarabori"): Caletti/Mattheudakis, *Diritto penale e processo*, (10), 2017, pp. 1373 s. Entre los que, antes del Pleno de la Corte de Casación, en otras palabras en comparación con los que se presentan aquí, previeron el resurgimiento de una gradación "disfrazada" de la culpa del profesional sanitario, también se puede recordar Cupelli, *Cassazione penale,* (5), p. 1774. Posteriormente, por ejemplo, también Risicato, «Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4), 2017, p. 1523, que resalta una amplia convergencia de la doctrina "de diferentes maneras, hacia la recuperación de un grado al menos *elevado* de culpa del sanitario como requisito necesario para su responsabilidad (también) criminal".

[64] No pasa inadvertido como la Corte, aunque fue llamada a responder sobre el ámbito de aplicación del artículo 590-*sexies*, 2º apartado, CPI, ha respondido al contrario, refiriendo los principios del derecho a las hipótesis en las que la conducta del profesional sanitario sigue siendo punible.

[65] Véase Borsari, *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (2), 2018, p. 203, que considera apreciable el esfuerzo de la Corte por obtener una interpretación razonable, aunque cree que esta interpretación es *praeter legem* e *in malam partem*.

[66] Una crítica en este sentido es atribuible, por ejemplo, a Massaro, *Archivio penale*, (3), 2017, pp. 48 s.

sentencia sobre el tema sabe que la mayor parte de los casos son relativos a los perfiles de la llamada culpa relacional, en particular por no haber percibido y puesto remedio a un error de otros. Este problema de perspectiva de las reformas, ciertamente no conllevará un mayor reconocimiento del principio garantístico de confianza, que la jurisprudencia menciona, pero raramente aplica.[67]

No está exenta de problemas, como ya se ha dicho, la referencia a la "impericia", que para tratar de solucionar determinados problemas de razonabilidad,[68] termina por ser del todo contraproducente, porque alimenta la confusión y genera el riesgo de una inaplicación sistemática de la causa de exclusión de la punibilidad.[69] En el caso que llegó al Pleno, por

---

[67] Sobre el principio de confianza en el ámbito sanitario, véanse, por ejemplo, MANTOVANI, «La responsabilità penale nell'attività medico-chirurgica in *équipe* fra teoria e prassi», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, (11), 2010, pp. 1174 ss. (EL MISMO es el autor del trabajo más profundo sobre el principio de confianza en la doctrina italiana: *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997); MASSARO, «Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in *équipe*», *Cassazione penale*, (11), 2011, pp. 3857 ss.; CORNACCHIA, «Responsabilità penale da attività sanitaria in *équipe*», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), 2013, pp. 1219 ss.; RISICATO, *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, 2013, en particular pp. 39 ss., 71 ss.; SILVA, «Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di *équipe*», en AMBROSETTI (ed.), *Studi in onore di Mauro Ronco*, 2017, pp. 455 ss.; véase también, MATTHEUDAKIS, «Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), 2018, pp. 1220 ss. En la doctrina española, por ejemplo, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en derecho penal*, 2009, en particular pp. 99 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, 2012, pp. 183 ss., 216 ss.

[68] En este sentido, véase Corte cost., 22.11.1973, n. 166 (MP: Vincenzo Michele Trimarchi), en http://www.giurcost.org.

[69] El requisito de la "impericia" ha sido definido eficazmente como un "caballo de Troya": DI GIOVINE, *Cassazione penale,* (6), 2017, p. 2163, n. 28. Para no limitar la operatividad del artículo 590-*sexies*, 2° apartado, CPI dentro de espacios demasiado estrechos, se trataría simplemente de reafirmar lo que ya ha sido sostenido por voces acreditadas y por una parte significativa de la manualística, y es que la "impericia" bien podría concebirse como la versión "técnica", "profesional" de "negligencia" e "imprudencia" (que a su vez se distinguen principalmente de una manera puramente convencional) y no un verdadero *tertium genus*. Sin pretensiones de exhaustividad, GALLO, «Colpa penale (dir. vig.)», en *Enciclopedia del diritto*, v. VII, 1960, p. 641; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, 1965, p. 216; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, 1975, p. 159; MANTOVANI, «Colpa», en *Digesto delle discipline penalistiche*, v. II, 1988, p. 308; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, v. I, Art. 1-84, 3ª ed., 2004, p. 461, que, al concebir las tres formas de culpa "genérica" como caracterizadas por una "falta de diligencia", especifica que, en el caso de la "impericia", se trataría de "falta de diligencia referida a un sector profesional"; FIANDACA/MUSCO, *PG*, 8ª ed., 2019, p. 574; CADOPPI/VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., 2018, p. 366; FIORE/FIORE, *PG*, 5ª ed., 2016, 280, que consideran la "impericia" "una forma calificada de imprudencia"; CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., 2017, p. 479. Entre las contribuciones recientes relacionadas con el contexto sanitario, ALAGNA, *Responsabilità civile e previdenza*, (5), 2017, pp. 1481 ss.: "sin una base epistemológica y de alcance heurístico, al término "impericia" no se le puede atribuir ningún significado que ontológicamente pueda distinguirlo de los de 'negligencia' y 'imprudencia'"; DI GIOVINE, *Archivio penale,* (1), 2014, p. 7; MASSARO, *Archivio penale*, (3), 2017, en particular pp. 13 ss., también por las numerosas referencias bibliográficas, capaces de demostrar el fracaso de los intentos de distinguir, en el contexto sanitario, entre las tres formas de culpa "genérica": "cuantos más ejemplos se multiplican, mayor es la impresión de aventurarse en clasificaciones bizantinas inmanejables" (p. 19). Por último, CAPUTO, *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), 2019, pp. 443 ss., también para referencias al sistema español, en particular a la "imprudencia profesional" (p. 460). Sobre incertidumbres similares en la jurisprudencia española, por ejemplo, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, t. II, v. I, 2011, pp. 579 ss.

ejemplo, la acusación se basaba en el argumento de falta de atención y, por tanto, tardanza en el diagnóstico del síndrome de compresión de la *cauda equina*. Aquí se trataba de una inadecuación de las *leges artis*, por lo que se debería hablar de "impericia", mientras que la Corte optó por la "negligencia", inadmitiendo el recurso.

4. Conclusión

Las reformas de 2012 y 2017 han introducido normas excesivamente complicadas e ineficaces sobre la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios.

La búsqueda de interpretaciones en alguna medida razonables fue en ambos casos muy problemática y, a pesar de la intervención del Pleno de la Corte de Casación, es imaginable que el debate sobre el tema siga siendo animado, también porque la limitación efectiva del área de la punibilidad sigue siendo una "promesa incumplida".

El límite más evidente del camino seguido por el legislador es el de haber favorecido una concepción esencialmente tecnocrática de la responsabilidad penal del profesional sanitario, mientras hubiera sido más apropiado simplificar el criterio de imputación del resultado dañoso, es decir, mantener sólo la referencia al grado de la culpa punible: éste fue el aspecto más positivo de la reforma "Balduzzi", que desapareció indebidamente del texto del nuevo artículo 590-*sexies* CPI, en el que se volvieron a proponer, en cambio, los elementos más problemáticos de la legislación anterior.

Si, *prima facie*, puede también concebirse oportuna la no punibilidad como "premio" para los sanitarios que se alinean con una guía clínica acreditada, en la práctica este requisito no convence, entre otras cosas porque no puede aplicarse a muchos *hard cases*, en los que las guías clínicas a menudo no existen o aún no han sido acreditadas debido a la falta de unanimidad en la comunidad científica.[70] En estos casos el sanitario no parece menos merecedor de un tratamiento indulgente, mientras continúa siendo sancionable también por culpa leve, cuyos límites con respecto a la responsabilidad objetiva son particularmente débiles. En los mismos casos, ni siquiera el concepto de buena práctica (a pesar de su amplia interpretación) podría conducir a una solución satisfactoria, precisamente porque la incertidumbre científica hace que sea problemático juzgar una práctica como realmente buena.

La confusión que crea el requisito de la "impericia" ya ha sido criticada aquí varias veces y no hay nada más que añadir.

Parece posible concluir que una despenalización de la culpa leve, que tendencialmente valdría también más allá del contexto sanitario[71], pero que en este contexto podría iniciarse de forma

[70] Por ejemplo, con referencia a la escasez de guías clínicas de diagnóstico, véase SCORRETTI, «Le linee guida nella medicina moderna e nella recente normativa italiana», en CALETTI/CAVICCHI/SCORRETTI ET AL., *Responsabilità e linee guida*, 2017, p. 33. Por último, muy crítico MICHELETTI, «La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica», *Criminalia*, 2018, p. 710.

[71] En el debate italiano, es acreditada la opinión de quienes abogan por una despenalización generalizada de la culpa leve, que también podría tener el efecto indirecto de valorar aquellos aspectos que pertenecen a la medida subjetiva de la culpa (es decir, la dimensión de culpabilidad en sentido estricto) del ilícito penal culposo y que no pocas veces se consideran poco en la aplicación práctica durante el juicio. En este sentido, en particular, CASTRONUOVO, *La colpa penale,* 2009, pp. 345 ss.; EL MISMO, «La colpa "penale".

plausible, no debería subordinarse a requisitos ulteriores, que, como se ha visto, podrían tener el efecto de anular la intención deflacionaria. No parece una coincidencia (y, en efecto, demuestra el fracaso de las reformas de los años 2012 y 2017) que precisamente en estos años se ha vuelto a sugerir la aplicación en el derecho penal de la norma de derecho civil del artículo 2236 del Código civil italiano, que establece: "Si el desempeño implica la solución de problemas técnicos de dificultad especial, el prestador de obra no es responsable por daños, excepto en casos de dolo o culpa grave".[72]

Al contrario de lo que se suele decir en general[73], en este caso la referencia al principio metodológico de la navaja de Ockham vuelve a ser válida: la solución más simple es quizás también la mejor posible.

5. Bibliografía

ACHENBACH (1974), *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlín.

ADDANTE (2017), «*Vox populi vox Dei?* L'omicidio stradale: una riforma figlia del tempo attuale», *Archivio penale*, (2).

ALAGNA (2018), «La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità», *Responsabilità civile e previdenza*, (3), pp. 888 ss.

——— (2017), «La controriforma della colpa penale nell'attività medica», *Responsabilità civile e previdenza*, (5), pp. 1466 ss.

Misura soggettiva e colpa grave», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), 2013, especialmente pp. 1736 ss.; CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, 2011, pp. 233 ss.; BLAIOTTA, «La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa», *Diritto penale contemporaneo*, 5 de noviembre, 2012, pp. 7 ss., en particular p. 11; DONINI, «L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), 2013, especialmente pp. 154 ss. En términos problemáticos con respecto a este enfoque, DE FRANCESCO, «L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), 2012, p. 972. Sobre la generalizada irrelevancia penal de la culpa leve en el sistema legal de *common law*, en particular, CADOPPI, «Mens Rea», en *Digesto delle discipline penalistiche*, v. VII, 1993, p. 631. En la doctrina española, véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «¿Despenalización de las imprudencias leves?», *InDret*, (4), 2009, p. 1: "Para el caso de las imprudencias leves de 'ciudadanos comunes' resulta relativamente común concluir que el Derecho penal carece de efectos significativos tanto en el plano de la prevención general como en el de la prevención especial (tanto resocializadora como de intimidación individual)". Sin embargo, la conclusión es problemática: "cabe cuestionar que la combinación de Derecho administrativo sancionador y Derecho civil de daños pueda constituir un equivalente funcional del Derecho penal en estos ámbitos. La despenalización de las imprudencias leves exige un debate más profundo que el que se propone aludiendo a su efecto de descarga de la Administración de Justicia Penal" (p. 2).

[72] Ampliamente sobre el tema, para las referencias doctrinales y jurisprudenciales apropiadas, MAZZACUVA, «Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario», *Rivista italiana di medicina legale*, (2), 1984, pp. 399 ss., en particular, pp. 401 ss. Más recientemente, defendiendo los motivos de la transposición del artículo 2236 CCI en el contexto penal, MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, en particular, pp. 88 ss., 182 ss.; en el tema, en una perspectiva actualizada, permítase también la referencia a CALETTI/MATTHEUDAKIS, *Diritto penale contemporaneo*, (4), 2018, pp. 44 ss.

[73] La referencia es al bien conocido aforismo por el que para cada problema complejo hay una solución simple pero es (siempre) incorrecta. Entre las diversas proposiciones de este aforismo, por ejemplo, ECO, *Il pendolo di Foucault*, 1988, p. 336.

ALEO (2017), «Considerazioni critiche sull'art. 6 della legge Gelli in materia di responsabilità sanitaria», *Indice penale*, (2), pp. 593 ss.

AIMI (2014), «Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp», *Diritto penale contemporaneo*, 6 de noviembre.

ALPA (ed.) (2017), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini, Pisa.

AMATO (2018), «Conclusione giusta e in linea con la norma e contro le negligenze», *Guida al diritto*, (12), pp. 28 ss.

AMBROSETTI (2016), «Il nuovo delitto di omicidio stradale», *Responsabilità civile e previdenza*, (5), pp. 1785 ss.

ANGIONI (2006), «Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica», en DOLCINI/PALIERO (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, pp. 1279 ss.

ARIMANY MANSO (2007), «La medicina defensiva: un peligroso boomerang», *Humanitas,* (12), pp. 11 ss.

ASTORINA MARINO (2018), *L'accertamento del dolo. Determinatezza, tassatività e individualizzazione*, Giappichelli, Turín.

BARTOLI (2019), «La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul *quantum* di pena», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), pp. 967 ss.

——— (2018), «Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta», *Giurisprudenza costituzionale*, (6), pp. 2566 ss.

——— (2018), «Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica», *Diritto penale contemporaneo*, (5), pp. 233 ss.

——— (2016), «Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi», *Diritto penale e processo*, (5), pp. 643 ss.

——— (2014), «Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"», *Giurisprudenza italiana*, (11), pp. 2566 ss.

——— (2011), «I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4-5), pp. 1107 ss.

——— (2005), *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, Turín.

BASILE (2017), «Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)», *Diritto penale contemporaneo*, (2), pp. 159 ss.

BETTIOL (1966), «Colpevolezza normativa e pena retributiva», en EL MISMO, *Scritti giuridici*, t. II, Cedam, Padova, pp. 602 ss.

BLAIOTTA (2018), «Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica», *Diritto penale contemporaneo*, 28 de mayo.

——— (2012), «Legalità, determinatezza, colpa», *Criminalia*, pp. 375 ss.

——— (2012), «La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa», *Diritto penale contemporaneo*, 5 de noviembre.

BOLEA BARDON (2018), «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

BORSARI (2018), «La responsabilità penale del sanitario nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Considerazioni rapsodiche», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (2), pp. 189 ss.

BRAY (2019), «Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti», *Diritto penale contemporaneo*, 18 de marzo.

BRICOLA (1988), «Rapporti tra dommatica e politica criminale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* (1), pp. 3 ss.

BRUSCO (2018), «L'intervento delle Sezioni unite sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge Gelli-Bianco», il *Penalista*, 12 de marzo.

——— (2018), *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Giappichelli, Turín.

——— (2016), «Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica», *Diritto penale contemporaneo*, 14 de julio.

CADOPPI (1993), «Mens Rea», en *Digesto delle discipline penalistiche*, v. VII, Utet, Turín, pp. 618 ss.

——— (1988), *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico-criminali*, Cedam, Padua.

CADOPPI/VENEZIANI (2018), *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Cedam, Padua.

CALETTI (2019), «La Cassazione alle prese con il "post-Mariotti": precisazioni "metodologiche" in tema di prova scientifica, linee guida e apprezzamento della responsabilità penale del sanitario», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), pp. 289 ss.

——— (2015), «Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi», *Diritto penale e processo*, (9), pp. 1147 ss.

———— (2015), «La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (1), pp. 170 ss.

CALETTI/MATTHEUDAKIS (2018), «La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia ed "antiche" incertezze», *Diritto penale contemporaneo*, (4), pp. 25 ss.

———— (2017), «La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"», *Diritto penale e processo,* (10), pp. 1369 ss.

———— (2017), «Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), pp. 84 ss.

CANEPA (2011), *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, Turín.

CANESTRARI (2018), «La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento», *La legislazione penale*, 19 de diciembre.

———— (2017), «Criminal liability in a medical context: the Italian law's approach», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (3), pp. 433 ss.

———— (2013), «Il dolo», en CADOPPI/CANESTRARI/MANNA/PAPA*, Trattato di diritto penale. Parte generale*, v. II, Utet, Turín, pp. 89 ss.

———— (2013), «La colpa», en CADOPPI/CANESTRARI/MANNA/PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, v. II, Utet, Turín, pp. 127 ss.

———— (2013), «La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»», *Diritto penale contemporaneo*, 6 de febrero.

———— (1999), *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milán.

CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE (2017), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Il Mulino, Bolonia.

CANZIO/PROTO PISANI (2019), «Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica», *disCrimen*, 15 de octubre.

CAPPELLINI (2015), «Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva», *Diritto penale contemporaneo*, 4 de junio.

CAPUTO (2019), «Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la 'viscosità' dell'art. 590-*sexies* c.p. Considerazioni *de lege lata* e *de lege ferenda*», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), pp. 443 ss.

———— (2018), «Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), pp. 345 ss.

———— (2017), «'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), pp. 724 ss.

———— (2017), *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino.

———— (2012), «Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e *checklist* nel sistema della responsabilità per colpa medica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), pp. 875 ss.

CAPUTO/CENTONZE (2016), «La risposta penale alla *malpractice*: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4), pp. 1361 ss.

CASTRONUOVO (2016), «I delitti di omicidio e lesioni», en CASTRONUOVO/CURI/TORDINI CAGLI ET AL., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bononia University Press, Bolonia, pp. 203 ss.

———— (2013), «La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), pp. 1723 ss.

———— (2011), «L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), pp. 1594 ss.

———— (2009), *La colpa penale,* Giuffrè, Milán.

CEREZO MIR (1980), «Culpabilidad y pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (2), pp. 347 ss.

CIVELLO (2013), «Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del decreto sanità)», *Archivio penale*, (1), pp. 1 ss.

COCCO (2011), «Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione», *Responsabilità civile e previdenza*, (10), pp. 1949 ss.

———— (2007), «Art. 217», en PALAZZO/PALIERO (eds.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Cadam, Padua, pp. 1209 ss.

COLACURCI (2017), «La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione "correttiva" della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), 2017, pp. 1155 ss.

CONSORTE (2011), «Colpa e linee guida», *Diritto penale e processo*, (10), pp. 1227 ss.

CONSULICH (2019), «La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990», *Giurisprudenza costituzionale*, (2), pp. 1231 ss.

CORNACCHIA (2013), «Responsabilità penale da attività sanitaria in *équipe*», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), pp. 1219 ss.

COTTU (2017), «Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?», *Diritto penale e processo*, (4), pp. 473 ss.

CUPELLI (2018), «L'anamorfosi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), pp. 1969 ss.

——— (2018), «L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile», *Diritto penale contemporaneo*, 1 de marzo.

——— (2017), «La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio», *Diritto penale contemporaneo*, 13 de junio.

——— (2017), «La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco», *Cassazione penale*, (5), pp. 1765 ss.

——— (2017), «Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite», *Diritto penale contemporaneo*, 7 de noviembre.

——— (2013), «I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione», *Cassazione penale,* (9), pp. 2999 ss.

CURI (2013), «Le oscillazioni della giurisprudenza tra dolo e colpa nei casi di guida spericolata: uno spazio per la "sconsideratezza"?», en DONINI/ORLANDI (eds.)*, Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bononia University Press, Bolonia, pp. 331 ss.

——— (2003), *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, Milán.

D'ALESSANDRO (2017), «La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"», *Diritto penale e processo*, (5), pp. 573 ss.

——— (2014), «Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), pp. 927 ss.

DAUNIS RODRÍGUEZ (2018), «La imprudencia menos grave», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

D'Auria (2016), «Omicidio stradale: prime osservazioni», *Diritto penale e processo*, (4), pp. 432 ss.

De Francesco (2017), «Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4), pp. 1525 ss.

——— (2015), «Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative», *Cassazione penale*, (12), pp. 4624 ss.

——— (2012), «L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), pp. 953 ss.

De Santis (2015), «Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. "Thyssen" e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio», *Responsabilità civile e previdenza*, (2), pp. 640 ss.

De Vero (2015), «Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), pp. 77 ss.

——— (2011), «Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi», en Bertolino/Eusebi/Forti (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, v. II, Jovene, Nápoles, pp. 883 ss.

De Vicente Remesal (2017), «Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica», *Revista penal*, (39), pp. 50 ss.

——— (2014), «Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial», *Revista de derecho y proceso penal*, (36), pp. 121 ss.

——— (2014), «La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena», *Cuadernos de Política Criminal*, (113), pp. 45 ss.

——— (2000), «Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito sanitario», *Controversia*, (1), pp. 91 ss.

——— (1999), «La regulación de la imprudencia en el Código penal», *Revista Xurídica Galega*, (23), pp. 13 ss.

Demetrio Crespo (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 2ª ed., Euros Editores, Buenos Aires.

Demuro (2017), «Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata», *Giurisprudenza italiana*, (4), pp. 945 ss.

DI BIASE (2015), «Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank. Genesi della pronuncia a Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp e suo recepimento da parte della giurisprudenza successiva», *Indice penale*, (3), pp. 388 ss.

DI FLORIO (2017), «Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (*ex* art. 590-*sexies*, c.p.), come introdotta dalla legge *Gelli-Bianco*», *Archivio penale*, (2), pp. 1 ss.

DI GIOVINE (2018), «A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017)», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (3), pp. 837 ss.

——— (2017), «Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali», *Cassazione penale*, (6), 2017, pp. 2151 ss.

——— (2014), «In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)», *Archivio penale*, (1), pp. 1 ss.

DI LANDRO (2018), «Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane», *Archivio penale*, (2), pp. 1 ss.

——— (2018), «La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"», *La legisazione penale*, 17 de enero.

——— (2013), «Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. "Balduzzi"). Le indicazioni del diritto comparato», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), pp. 833 ss.

——— (2012), *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, 2012, Giappichelli, Turín.

——— (2011), «Linee guida e colpa professionale», *il Foro italiano*, (134-7/8), pp. 424 ss.

DI LELLO FINUOLI (2017), «La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione», *Giurisprudenza italiana*, (6), pp. 1431 ss.

——— (2017), «Responsabilità colposa in ambito sanitario: la Cassazione esclude l'impunità dell'imperizia», *Danno e Responsabilità,* (6), pp. 736 ss.

DODARO (2019), «Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità», *Diritto penale e processo*, (10), pp. 1403 ss.

DOLCINI (2016), «Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), pp. 1956 ss.

——— (1979), *La commisurazione della pena*, Cedam, Padua.

DONINI (2018), «El Derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).

——— (2018), «La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), pp. 1577 ss.

——— (2013), «L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), pp. 124 ss.

——— (2013), «Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), pp. 1162 ss.

——— (2010), «Dolo eventuale e *formula di Frank* nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico», *Cassazione penale,* (7), pp. 2555 ss.

——— (1999), «La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato storico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), pp. 32 ss.

——— (1996), *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padua.

DONINI/ORLANDI (2013), «La parabola della colpa», en LOS MISMOS (eds.)*, Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bononia University Press, Bolonia, pp. 11 ss.

ECO (1988), *Il pendolo di Foucault*, Bompiani, Milán.

ENGISCH (1930), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht,* Liebmann, Berlin.

EUSEBI (2015), «Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), pp. 623 ss.

——— (2011), «Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»», *Rivista italiana di medicina legale*, (4-5), pp. 1085 ss.

——— (1990), *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia.

FEIJOO SÁNCHEZ (2007), «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

FIANDACA (2014), «Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), pp. 1938 ss.

——— (1987), «Considerazioni su colpevolezza e prevenzione», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4), pp. 836 ss.

FIANDACA/MUSCO (2019)*, Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Zanichelli, Bolonia.

Carlo FIORE/Stefano FIORE (2016)*, Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Utet, Torino.

FIORI/MARCHETTI (2013), «L'articolo 3 della legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), pp. 563 ss.

FOGLIA MANZILLO (2013), *La colpa del medico alla luce delle "linee-guida Balduzzi"*, Giuffrè, Milán.

FORTI (2015), «Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate», *Diritto penale e processo*, (6), pp. 738 ss.

FORTI/CATINO/D'ALESSANDRO/MAZZUCATO/VARRASO (eds.) (2010), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Edizioni ETS, Pisa.

FRANZONI (2017), «La nuova responsabilità in ambito sanitario», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (1), pp. 5 ss.

FRISCH (2013), «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (5), pp. 249 ss.

GALLO (1960), «Colpa penale (dir. vig.)», en *Enciclopedia del diritto*, v. VII, Treccani, Roma, pp. 624 ss.

GALLUCCIO (2018), «La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta», *Diritto penale contemporaneo*, 10 de diciembre.

GAMBARDELLA (2018), «La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco», *Archivio penale. Speciale riforme*, pp. 303 ss.

GATTA (2013), «Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano», *Diritto penale contemporaneo*, 9 de diciembre.

———— (2013), «Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve», *Diritto penale contemporaneo*, 4 de febrero.

GIMBERNAT ORDEIG (2017), *El comportamiento alternativo conforme a derecho. De la causalidad a la imputación objetiva*, Editorial Bdef, Buenos Aires.

GIRANI (2018), «Uno sguardo alla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale del sanitario a quasi un anno dalla pronuncia delle Sezioni Unite», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (4), pp. 437 ss.

GIUNTA (2018), «Culpa, culpae», *Criminalia*, pp. 569 ss.

———— (2013), «Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), pp. 819 ss.

GROSSO (2013), «I profili di interesse penalistico del "decreto Balduzzi" (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012): Un'indagine sui delicati rapporti tra linee guida e colpa grave», *La legislazione penale*, (3), pp. 543 ss.

HASSEMER (2009), *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlín.

HÖRNLE (2003), *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Di Plácido, Buenos Aires.

———— (1999), *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín.

INSOLERA (2019), «Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo "nuovo corso" e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti», *Indice penale*, (2), pp. 253 ss.

———— (2017), «Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?», *Indice penale*, (1), pp. 176 ss.

LOSAPPIO (2016), «Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale», *Diritto penale contemporaneo*, 30 de junio.

LUPO (2018), «Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente», *Diritto e salute*, (2), pp. 37 ss.

LUZÓN PEÑA (2017), «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas*, (6), pp. 145 ss.

———— (2012), «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

MALDONATO (2015), «Comentario», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), 2015, pp. 638 ss.

MANES (2018), «Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"», *Diritto penale contemporaneo*, 17 de enero.

——— (2018), «È ancora suicidio? (note di udienza – Corte costituzionale – udienza del 23 ottobre 2018)» (disponible en: https://www.associazionelucacoscioni.it).

——— (2016), «Proporzione senza geometrie», *Giurisprudenza costituzionale*, (6), pp. 2105 ss.

MANNA (2016), *Il nuovo diritto penale ambientale (legge 22 maggio 2015, n. 68)*, Dike Giuridica Editrice, Roma.

——— (2014), «Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), pp. 1176 ss.

——— (2014), *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, Pisa.

——— (2013), «I nuovi profili della colpa medica in ambito penale», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (1-2), 2013, pp. 91 ss.

——— (2011), «Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità», en BARTOLI/BASILE/BELFIORE ET AL., *Studi in onore di Franco Coppi*, v. I, Giappichelli, Turín, pp. 201 ss.

Ferrando MANTOVANI (1988), «Colpa», en *Digesto delle discipline penalistiche*, v. II, Utet, Turín, pp. 308 ss.

Marco MANTOVANI (2015), «In tema di omicidio stradale», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), pp. 152 ss.

——— (2010), «La responsabilità penale nell'attività medico-chirurgica in *équipe* fra teoria e prassi», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, (11), pp. 1174 ss.

——— (1997), *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milán.

MARAVER GÓMEZ (2009), *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Navarra.

MARINI/CUPELLI (eds.) (2019), *Il caso Cappato Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

MARINUCCI (2013), *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milán.

———— (2012), «La responsabilità colposa: teoria e prassi», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), pp. 1 ss.

———— (2009), «Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), pp. 523 ss.

———— (1974), «Politica criminale e riforma del diritto penale», *Jus*, (4), pp. 463 ss.

———— (1965), *La colpa per inosservanza di leggi,* Giuffrè, Milán.

MASSARO (2017), «L'art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.», *Archivio penale*, (3), pp. 1 ss.

———— (2016), «Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"», *Diritto penale contemporaneo*, 20 de mayo.

———— (2011), «Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in *équipe*», *Cassazione penale,* (11), pp. 3857 ss.

MATTHEUDAKIS (2019), «Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.», *Diritto penale contemporaneo*, 9 de abril.

———— (2018), «Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (1), pp. 232 ss.

———— (2018), «Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3), pp. 1220 ss.

———— (2017), «Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto… eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza», *Archivio penale*, (1), pp. 1 ss.

MAZZACUVA (1984), «Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario», *Rivista italiana di medicina legale*, (2), pp. 399 ss.

MENGHINI (2016), *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Editoriale scientifica, Nápoles.

MERLI (2019), «La causa di impunità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco in materia di colpa medica. Le Sezioni Unite recuperano la colpa lieve come requisito intrinseco alla norma», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), pp. 531 ss.

MICHELETTI (2018), «La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica», *Criminalia*, pp. 705 ss.

———— (2000), «La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (3), pp. 609 ss.

MIR PUIG (2016), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MOCCIA (1992), *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

MONACO (1984), *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Nápoles.

MORENO ALCÁZAR (2003), *Los delitos de conducción temeraria*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NOTARO (2016), «I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali: norme "manifesto" o specializzazione dello statuto colposo?», *La legislazione penale*, 28 de julio.

PADOVANI (1987), «Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin», *Rivista italiana diritto e procedura penale*, (4), pp. 798 ss.

PALERMO FABRIS (2017), «La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (2), pp. 211 ss.

PALIERO (1992), «La causalità dell'omissione: formule processuali e paradigmi prasseologici», *Rivista italiana di medicina legale*, (4), pp. 821 ss.

PAVICH (2016), «Omicidio stradale e lesioni stradali: novità e possibili criticità della nuova legge», *Cassazione penale*, (6), pp. 2309 ss.

PÉREZ BARBERÁ (2011), *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires.

PERIN (2018), «L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di *chances*"», *Archivio penale*, (2), pp. 1 ss.

———— (2018), «La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada», *Política Criminal*, (13:26), pp. 858 ss.

PEZZIMENTI (2015), «La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica», *Rivista italiana diritto e procedura penale*, (1), pp. 311 ss.

PIERGALLINI (2017), «Colpa (diritto penale)», en BRECCIA/CHELI/COSTI ET AL. (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, v. X, Giuffrè, Milán, pp. 222 ss.

PIRAS (2018), «Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico», *Diritto penale contemporaneo*, 20 de abril.

———— (2017), «La non punibilità dell'imperizia medica *in executivis*», *Diritto penale contemporaneo*, 5 de diciembre.

———— (2015), «*Culpa levis sine imperitia non excusat*: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi», *Diritto penale contemporaneo*, 24 de abril.

———— (2012), «*In culpa sine culpa*. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189», *Diritto penale contemporaneo,* 26 de noviembre.

PISA (2016), «L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale», *Diritto penale e processo*, (2), pp. 145 ss.

———— (2011), «Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza», *Diritto penale e processo (Speciale dolo e colpa negli incidenti stradali*), pp. 13 ss.

———— (2010), «Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale», *Diritto penale e processo*, (7), pp. 826 ss.

PISTILLI (2019), *Profili penali della colpa stradale*, Cedam, Milán.

POLI (2018), «La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* (2), pp. 903 ss.

———— (2017), «Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?», *Diritto penale contemporaneo*, (2), pp. 67 ss.

———— (2013), «Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), pp. 86 ss.

PONTIS (2013), «La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?», *Responsabilità civile e previdenza*, (4), pp. 1263 ss.

PREZIOSI (2011), «Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo d'evento», *Cassazione penale*, (5), pp. 1985 ss.

PUCELLA (2017), «È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?», *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, (1), pp. 3 ss.

PULITANÒ (2017), «La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali» *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), pp. 48 ss.

———— (2017), *Diritto penale*, 7ª ed., Giappichelli, Turín.

———— (2013), «Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), pp. 73 ss.

QUINTANO RIPOLLÉS (1954), «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), pp. 45 ss.

RAFFAELE (2018), *Essenza e confini del dolo*, Giuffrè, Milán.

———— (2015), «La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici". Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp», *Diritto penale contemporaneo*, (4), pp. 402 ss.

RISICATO (2018), «Le Sezioni unite salvano la rilevanza *in bonam partem* dell'imperizia ''lieve'' del medico», *Giurisprudenza italiana*, (4), pp. 948 ss.

———— (2017), «Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione», *Giurisprudenza italiana*, (10), pp. 2201 ss.

———— (2017), «Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario», *La legislazione penale*, 5 de junio.

———— (2017), «Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (4), pp. 1515 ss.

———— (2013), *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, Turín.

———— (2013), «Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto», *Diritto penale e processo*, (2), pp. 195 ss.

———— (2013), «Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione», *Diritto penale e processo*, (6), pp. 696 ss.

———— (2010), «La colpa», en DE VERO (ed.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, v. I, Giappichelli, Turín, pp. 209 ss.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (2012), *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

ROIATI (2018), «Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.», *Archivio penale*, (2), pp. 1 ss.

———— (2017), «La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni», *Archivio penale*, (2), pp. 1 ss.

———— (2016), «L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione», *Diritto penale contemporaneo*, 1 de junio.

———— (2013), «Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (4), pp. 99 ss.

———— (2013), «Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?», *Diritto penale e processo*, (2), 2013, pp. 216 ss.

———— (2012), *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milán.

Bartolomeo ROMANO (2018), «La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi», *Diritto penale contemporaneo*, 16 de noviembre.

Mario ROMANO (2015), «Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), pp. 559 ss.

———— (2004), *Commentario sistematico del codice penale*, v. I, Art. 1-84, 3ª ed., Giuffrè, Milán.

ROMEO CASABONA (2011), *El médico y el Derecho Penal*, t. II, v. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

RONCO (2014), «La riscoperta della volontà nel dolo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1953 ss.

———— (1996), *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Turín.

ROTOLO (2013), «Guidelines e leges artis in ambito medico», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (1), pp. 277 ss.

———— (2012), «"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso», *Diritto penale e processo*, (10), pp. 1259 ss.

ROXIN (1973), «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (56), pp. 316 ss.

RUGA RIVA (2015), *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Giappichelli, Turín.

RUGGIERO (2018), *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione, Editoriale scientifica*, Nápoles.

———— (2017), «L'omicidio stradale», en MANNA/PLANTAMURA, *I reati di omicidio tra teoria e prassi*, Pisa University Press, Pisa, pp. 49 ss.

SALCUNI (2017), *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa University Press, Pisa.

——— (2017), «La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-*sexies* c.p.», *Archivio penale*, (2), pp. 1 ss.

SCHIAVO (2019), «La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco», *Diritto penale contemporaneo*, 3 de mayo.

SCHIRÒ (2018), «Omicidio e lesioni personali stradali», en *Digesto delle discipline penalistiche*, v. X, Utet, Assago, pp. 497 ss.

SCOLETTA (2013), «Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale», *Diritto penale contemporaneo*, 29 de marzo.

SCORRETTI (2017), «Le linee guida nella medicina moderna e nella recente normativa italiana», en CALETTI/CAVICCHI/SCORRETTI ET AL., *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, EGP Edizioni, Udine, pp. 33 ss.

SGUBBI (1975), *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padua.

SILVA (2017), «Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di *équipe*», en AMBROSETTI (ed.), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Turín, pp. 455 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2019), «Frustración de oportunidades terapéuticas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

——— (2009), «¿Despenalización de las imprudencias leves?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

——— (2007), «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).

——— (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.

SQUILLACI (2016), «Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali», *Diritto penale contemporaneo*, 18 de abril.

STELLA (2003), *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Giuffrè, Milán.

——— (2002), «Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione», *Rivista italiana di medicina legale*, (2), pp. 767 ss.

STRATENWERTH (1972), *Tatschuld und Strafzumessung*, Mohr, Tubinga.

SUMMERER (2015), «La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa», *Cassazione penale*, (2), pp. 490 ss.

——— (2013), *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, ETS, Pisa.

TERRIZZI (2019), «Le linee guida in funzione "espansiva" del diritto penale: quando l'*Unglück* si trasforma in *Unrecht*», *Diritto penale contemporaneo,* (7-8), pp. 107 ss.

——— (2018), «Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco», *Diritto penale contemporaneo,* (7-8), pp. 93 ss.

TORRACA (2012), «"Nuovi" confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi?», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (3), pp. 817 ss.

VALBONESI (2018), «La ricerca di una efficace medicina per la colpa a un anno dalla legge Gelli-Bianco», *Indice penale*, (2), pp. 333 ss.

——— (2013), «Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1), pp. 276 ss.

VALLINI (2017), «Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies cp», *La legislazione penale*, 12 de diciembre.

——— (2013), «L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità», *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, (2), pp. 735 ss.

VASSALLI (1988), «Colpevolezza», *Enciclopedia giuridica,* v. VI, Treccani, Roma, pp. 1 ss.

VENEZIANI (2006), «Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale», en DOLCINI/PALIERO (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, pp. 1969 ss.

——— (2003), «I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi», en MARINUCCI/DOLCINI (dirs.), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, v. III, t. II, Cedam, Padua.

——— (2000), *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Turín.

VIGANÒ (2017), «Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, (2), pp. 61 ss.

———— (2014), «Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente», *Diritto penale contemporaneo*, 31 de marzo.

———— (2009), «Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* (4), pp. 1679 ss.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* 11ª ed., de Gruyter, Berlín.

InDret
2.2020

Alejandro Ayala González
-

Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?

Sumario
-
Las investigaciones internas parecen abrirse camino poco a poco en el sector empresarial español (al menos, en las grandes y medianas empresas), lo que puede estar modificando la tradicional visión que se tenía de la instrucción penal. No existe ninguna previsión legal que las contemple en nuestro ordenamiento, pero su anclaje normativo se infiere y deduce de las previsiones que el Código Penal contiene en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tampoco existe ningún pronunciamiento directo sobre ellas por parte del Tribunal Supremo, si bien en diferentes sentencias ha regulado, indirectamente, determinadas cuestiones relativas a su desarrollo y eficacia en el proceso penal. Por otro lado, de atenderse por nuestros tribunales las resoluciones dictadas por el Bundesverfassungsgericht *a propósito del caso* Dieselgate*, las investigaciones internas podrían verse seriamente restringidas. Nos encontraríamos, pues, ante zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales.*

Abstract
-
Internal investigations seem to be gradually making their way into Spanish business sector (at least in large and medium-sized enterprises), which may be modifying the traditional view of the criminal investigation. There is no statutory provision that foresees them in our legal system but their normative anchorage can be deduced from several Spanish Criminal Code provisions on corporate criminal liability. Additionally, nor is there any direct decision issued by the Spanish Supreme Court that regulates internal investigations, although it has indirectly delimited some matters regarding their development and effectiveness within the criminal process in different judgments. On the other hand, internal investigations could be seriously restricted if our courts considered the resolutions issued by the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) *concerning the Dieselgate case. We would therefore be dealing with 'regulatory carrots' and 'jurisprudential sticks'.*

Abstract
-
Interne Ermittlungen haben nach und nach Einzug in den spanischen Unternehmensbereich (zumindest in große und mittlere Firmen) gehalten, wodurch die herkömmliche Perspektive auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren modifiziert werden kann. Es liegt keine gesetzliche Bestimmung vor, die die internen Ermittlungen in der spanischen Rechtsordnung vorsieht. Stattdessen leiten sie sich aus den Regeln strafrechtlicher Haftung juristischer Personen her. Der Spanische Oberste Gerichtshof hat bisher keine Entscheidung über diese internen Ermittlungen getroffen, obwohl bereits einige Fragen, die die Entwicklung und Wirksamkeit der Ermittlungen im Strafverfahren betreffen, indirekt in verschiedenen Urteilen behandelt worden sind. Beachten demgegenüber die spanischen Gerichte die vom Bundesverfassungsgericht in dem Dieselgate-Fall verkündeten Beschlüsse, könnten die internen Ermittlungen ernsthaft eingeschränkt werden. Wir stehen also vor gesetzgebenden Zuckerbroten und rechtsprechenden Peitschen.

Title: *Internal Investigations: Regulatory Carrots and Jurisprudential Sticks?*
Titel: *Interne Ermittlungen: gesetzgebende Zuckerbrote und rechtsprechende Peitschen?*

InDret

2.2020

Recepción
05/11/2019
-
Aceptación
06/01/2020
-

-

Palabras clave: investigaciones internas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31.bis, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional alemán, Dieselgate, compliance, whistleblowing
Keywords: *internal investigations, corporate criminal liability, Article 31.bis, Supreme Court, Constitutional Court, Dieselgate, compliance, whistleblowing*
Stichwörter: *interne Ermittlungen, strafrechtliche Haftung juristischer Personen, Art. 31 bis Spanisches Strafgesetzbuch, Spanischer Oberster Gerichtshof, Bundesverfassungsgericht*, Dieselgate, compliance, whistleblowing
-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08

-

Índice

-

1. Introducción
2. Las investigaciones internas como una suerte de instrucción corporativa
3. La zanahoria legislativa: los modelos de organización y gestión del Código Penal y sus efectos
4. El palo jurisprudencial: una lectura preliminar del tridente regulatorio indirectamente elaborado por el Tribunal Supremo
4.1. STS 980/2016, ponente Marchena Gómez: ausencia de viabilidad probatoria de la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio»
4.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: restricción de extrapolar las facultades limitadoras de derechos fundamentales que el empleador tiene en el ámbito laboral a la jurisdicción penal
4.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: condiciones para aplicar la exclusión probatoria de las evidencias lesivas de los derechos fundamentales obtenidas por los particulares
5. ¿El palo jurisprudencial?: una relectura sosegada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo
5.1. STS 980/2016, ponente Marchena Gómez: las investigaciones internas no se limitan a «preparar lo preparatorio» sino que lo recopilado en su desarrollo se debe incorporar al proceso a través de un medio de prueba válido
5.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: la limitación de las facultades de control del empresario al ámbito laboral no afecta a la práctica común de las investigaciones internas
5.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: la exclusión probatoria no aplica a las investigaciones internas en tanto que las evidencias no se han de obtener lesionando derechos fundamentales
6. ¿Y si el palo jurisprudencial viniera de fuera? Breve referencia a las resoluciones del Bundesverfassungsgericht en el caso «Dieselgate»
7. Conclusiones
8. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

Es posible que la concepción decimonónica de la investigación penal esté en pleno proceso de mutación, en el sentido de que podría estar siendo objeto de una suerte de privatización a través de las investigaciones internas. En efecto, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento ha supuesto que poco a poco el sector empresarial español (o, mejor dicho, las multinacionales y grandes corporaciones que operan en territorio nacional) hayan ido importando de sus matrices o de sus competidores modelos para indagar sobre la posible comisión de delitos en su seno. Siendo esto una cuestión de hecho (en expansión y con mucho que recorrer, pero efectiva, al fin y al cabo), desde un punto de vista jurídico cabe preguntarse si las investigaciones internas han sido y son promocionadas por el Código Penal (en adelante, CP) o si, por el contrario, son más bien una consecuencia extramuros a la voluntad del legislador.

Paralela a esta realidad que se está desplegando tímida pero decididamente en nuestro tejido empresarial, el Tribunal Supremo ha dictado una ristra de resoluciones que, *a priori*, parecerían limitar la efectividad e incidencia de las investigaciones internas en el proceso penal: la STS 980/2016, ponente Marchena Gómez, que valora la viabilidad probatoria que le ha otorgado a la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio»; la STS 528/2014, ponente Maza Martín, que rechaza extender a la jurisdicción penal las limitaciones de derechos fundamentales por parte de los empleadores cuando ejercen su potestad de control de la actividad social; y la STS 116/2017, ponente Marchena Gómez, que establece las condiciones que deben concurrir para no aplicar la exclusión probatoria de las evidencias obtenidas por los particulares lesionando derechos fundamentales. Aunque estos pronunciamientos no se referían directamente a las investigaciones internas, atendiendo a su ratio y contenido, es inevitable formularse la siguiente pregunta: ¿es posible que se hayan vetado jurisprudencialmente incluso antes de haberse asentado, aunque sea de manera involuntaria e indirecta, o estamos más bien ante una ausencia de previsión por el tribunal y, por tanto, de una desacertada deducción sugestiva?

Al margen de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, tres resoluciones del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante BVerfG) dictadas en el seno del caso «*Dieselgate*», o caso Volkswagen, analizaron cuestiones relevantes en torno a las investigaciones internas, mermando en cierto modo el alcance y protección de estas. Aunque, obviamente, su margen de eficacia directa en nuestro ordenamiento es nulo, no lo es tanto –a la vista de la práctica de nuestros operadores jurídicos y doctrina *ius* penalista– su potencial crédito e influencia a futuro como criterio interpretativo.

Planteando todo lo anterior en otros términos: ¿ha sacado nuestro legislador una zanahoria para fomentar las investigaciones internas pero la jurisprudencia les ha «dado un palo» incluso antes de que se hayan asentado en nuestra cultura jurídica? Dar respuesta a este interrogante constituye el objeto de esta reflexión.[1]

---

* Autor de contacto: Alejandro Ayala González, alejandro.aya.gonza@gmail.com

[1] La referencia a la teoría del palo y la zanahoria no es más que una licencia literaria que se utiliza a meros efectos dialécticos: la tesis que se presenta en este trabajo no responden a la lógica de la propuesta original, ajena a la ciencia jurídica. La teoría de la motivación encuentra su origen en el pensador utilitarista Jeremy Bentham (1748-1832) y su tesis reside en que se puede motivar a una persona a hacer

2. Las investigaciones internas como una suerte de instrucción corporativa

Aunque (entiendo que) la relación entre el cumplimiento normativo y la responsabilidad penal de las personas jurídicas es contingente (aquel puede existir sin esta y viceversa),[2] lo cierto es que nuestro ordenamiento los ha configurado como instituciones inherentes.[3] La responsabilidad criminal de los entes colectivos es concebida generalmente como consustancial a la adecuada autorregulación, a la disposición corporativa a cumplir con el ordenamiento, de tal manera que el reproche penal se cimienta en la ausencia de medidas efectivas internas dirigidas al control del riesgo.

La posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el ámbito penal ha desembocado en una delegación a las propias personas jurídicas de los deberes de gestión y control del riesgo, produciéndose una suerte de autorregulación (regulada),[4] en la que los entes colectivos tienen la potestad de desarrollar una normativa interna que les permite evitar ser sancionadas penalmente: los denominados planes de prevención de delitos o de cumplimiento penal.[5] Estos suelen integrarse en las políticas y programas de cumplimiento, también conocidos en el ámbito de los negocios como programas (de) *compliance* (aunque no se comparte esta anglosajona remisión lingüística).[6] Nótese –a fin de evitar malentendidos– que cuando se habla de delegación de deberes de gestión y control del riesgo se está aludiendo, concretamente, al riesgo penal (o, mejor dicho, a la lucha contra la criminalidad y prevención de comisiones delictivas), pero no al deber genérico de que la actividad social se desarrolle dentro de los

---

algo a través de la promesa de recompensas (la zanahoria) y la amenaza de castigos (el palo). Si bien es cierto que en este trabajo el uso de la hortaliza se realiza en términos retributivos, la referencia varal se hace desde una perspectiva lingüística más coloquial y, en todo caso, en un plano desconectado a la motivación.

[2] Para profundizar en los motivos que fundamentan esta tesis, véase Ortiz de Urbina Gimeno, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en Silva Sánchez/Miró Linares (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 485.

[3] Esta conexión que regularmente se hace doctrinalmente se ve bien representada principalmente en Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 81-84 y Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 248-274.

[4] Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, p. 231.

[5] Se trata de una consecuencia lógica de la delegación de los deberes de control de la criminalidad: "[l]a delegación tiene dos efectos principales. El más evidente es el de generar un deber de seguridad nuevo en el delegado que lo acepta; el menos evidente es el de transformar el contenido del deber de seguridad del delegante", tal y como afirma Lascuraín Sánchez, «La delegación como fuente de deberes penales: la responsabilidad por omisión de delegante y delegado», en Nieto Martín (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, 2015, p. 172.

[6] Para profundizar sobre los programas de cumplimiento normativo, véanse entre otros Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 218 ss.; Bacigalupo Zapater, «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance* (A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009)», *Diario La Ley* (7441), 2010, *passim*; Gómez-Jara Díez, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Banacloche Palao/Gómez-Jara Díez/Zarzalejos Nieto (co-autores), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 27 ss.; o Sieber, «Programas de *Compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad de empresa» (trad. Abanto Vásquez), en Urquizo Olaechea/Abanto Vásquez/Salazar Sánchez (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, 2011, *passim*.

límites del riesgo permitido. Este es un deber originario en tanto que concurre una posición de garante.[7]

La **complejidad *luhmaniana* de la sociedad actual**[8] ha socavado el alcance de las técnicas clásicas de intervención estatal, de tal manera que el control jurídico ha introducido herramientas de autorregulación social propias del llamado derecho reflexivo[9]. En esta línea, la proliferación de la delincuencia en la que el responsable tiene un acceso especializado al objeto del ilícito por medio de un determinado rol laboral, profesión o posición organizacional (la teoría de las actividades rutinarias)[10] ha supuesto que el Estado haya visto dificultada su capacidad instructora y enjuiciadora. Y en este sentido, para subsanarla, el Estado ha optado por otorgar a las personas jurídicas facultades de control de la criminalidad: las ha implicado en la lucha contra la criminalidad.[11] Ahora bien, ello no implica un repliegue del Estado o una dejación de las funciones que tradicionalmente le han sido propias por una desaparición de los intereses públicos afectados, sino que estos planes son más bien una instrumentalización dirigida a la defensa de los intereses públicos.[12]

En este contexto, a fin de garantizar su efectividad y poder proteger esos intereses públicos afectados (función de control de criminalidad, respeto de los derechos y garantías de los afectados, etc.), estos programas de cumplimiento penal estipulan (o al menos deberían estipular) mecanismos indagatorios para detectar una eventual comisión delictiva en el seno

---

[7] Sin necesidad de entrar en los distintos matices que cada autor señala, esta competencia originaria es aceptada, entre otros, por LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en VV.AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, 1995, *passim*; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, pp. 421 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, pp. 80 y 81; o DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, p. 65.

[8] La complejidad luhmanniana se remonta a la teoría de la sociedad del sociológo Niklas Luhman, quien la describía como un sistema autorreferente de comunicaciones. Traducido al castellano, LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, 1990.

9 Para profundizar en las particularidades del derecho reflexivo, véase TEUBNER, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review* (17), 2, 1983, pp. 239-286 y, EL MISMO, «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *Law & Society Review* (18), 2, 1984, pp. 291-301. Para ver su aplicación en el ámbito *ius* penalista, con estrecha relación con las propuestas luhmannianas, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad de la empresa*, 2005, *passim*.

[10] COHEN/FELSON, «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», American Sociological Review (44), 4, 1979, *passim*. A estos efectos, se recomienda acudir a ORTIZ DE URBINA GIMENO, «*Too much of a good thing?:* Marcus Felson, la teoría de las actividades cotidianas y la delincuencia de cuello blanco», en SUMMERS, *Crimen, oportunidad y vida diaria: Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, 2015, pp. 500 ss.

[11] BANACLOCHE PALAO, «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 17 y 18.

[12] DEL ROSAL BLASCO, «El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (*compliance programs*)», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 536.

social, los cuales constituyen una parte esencial de los sistemas de cumplimiento.[13] Estos mecanismos son los que conocen coloquialmente como investigaciones internas (o *internal investigations*, recurriendo a la terminología anglosajona que comúnmente se utiliza, pero que tampoco se comparte). Por su configuración, también las denominaremos en adelante **instrucciones corporativas**. Estas, en fin, sirven principalmente para determinar lo sucedido, analizar el posible impacto que ello pueda tener y definir la estrategia a seguir por parte de la organización que la ha llevado a cabo.[14]

Los estudios relativos a la criminalidad empresarial (principalmente desarrollados en y a partir de la década de los ochenta del siglo pasado) apuntan a que, en la delincuencia de cuello blanco, los mecanismos de control interno y externo constituyen un elemento preventivo relevante.[15] De hecho, se ha afirmado que el éxito de las investigaciones criminales depende de la asistencia que las organizaciones involucradas puedan prestar.[16] Y es posible que, por ello, a raíz del reconocimiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, hayan surgido de facto estos mecanismos, definidos como herramientas de **cooperación público-privada**.[17]

En esta línea, cada vez con más regularidad y normalidad las empresas (al menos, multinacionales) recurren a contratar servicios de investigaciones internas en relación a asuntos penales. Bien sea porque lo importan de sus matrices, bien porque conocen las prácticas de sus competidores o porque simplemente se está implantando una cultura empresarial en tal dirección, lo cierto es que cada vez son más las investigaciones internas que se desarrollan (algunas, incluso, con bastante eco mediático). No se puede decir, todavía, que sea una práctica habitual en nuestro ordenamiento[18] pero sí que, poco a poco, comienza a estabilizarse como instrumento de indagación y de toma de decisiones corporativas.[19]

Las propuestas para clasificar la tipología de investigaciones internas son amplias y dispares. Se han clasificado según el objeto de las pesquisas (si versan sobre ilícitos penales, ilícitos extrapenales o incumplimientos contractuales); su carácter esclarecedor o preventivo; el grado

---

[13] Nieto Martín, «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario la Ley* (8120), 2013, p. 11.

[14] Blumenberg/García-Moreno, «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 292.

[15] Así concluyen Finney/Lesieur, «A Contingency Theory of Organizational Crime», en Bacharach, (ed.), *Research in the Sociology of Organizations: A Research Annual* (1), 1982, *passim*; Coleman, «Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime», *American Journal of Sociology* (93), 2, 1987; o Baucus, «Pressure, opportunity and predisposition: A multivariate model of corporate illegality», *Journal of Management* (20), 1994, *passim*.

[16] First, «Branch Office of the Prosecutor: the New Role of the Corporation in Business Crime Prosecution», *North Caroline Law Review* (89), 2010, p. 68.

[17] Así han sido definidos, entre otros, por Nieto Martín, «Investigaciones internas», en El mismo (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 261; o por Prieto González, «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en Gómez-Jara Díez (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2019, *passim*.

[18] Lomas/Kramer, Corporate Internal Investigations. An International Guide, 2ª ed., 2013, p. 326.

[19] Nótese que se hace referencia a las investigaciones internas de índole penal y no a las relacionadas con el ámbito laboral, las cuales tienen algo más de recorrido en nuestro ordenamiento.

inicial de sospecha exigido para iniciarlas; la tipología del sujeto pasivo (si es víctima la propia persona jurídica, otro trabajador compañero, agentes externos o los propios empleados —supuestos de auto-puestas en peligro–); la naturaleza de las medidas a adoptar y sus consecuencias jurídicas (civiles, laborales, penales o procesales)[20] o bien atendiendo a su objetivo (ser defensivas, verificar el funcionamiento del modelo de organización y gestión o comprobar incumplimientos concretos).[21] Sin embargo, a los efectos de facilitar la exposición de este trabajo, parece oportuno añadir una última categoría (abstracta, no excluyente entre sí o con otras categorías, ni necesariamente determinable *ex ante*) reparando en el efecto o repercusión que tiene o pretende tener sobre un procedimiento penal: bien efecto *ad intra*, bien *ad extra*. Mientras que las primeras tienen vocación de esclarecer al órgano de cumplimiento o al órgano de dirección de la persona jurídica qué ha ocurrido para así poder tomar las decisiones oportunas, la segunda persigue dar a conocer a las autoridades lo esclarecido en su seno.[22]

Las **investigaciones *ad extra*** no devendrán en un mecanismo sustitutorio de la fase de instrucción propiamente (como se verá *infra*), mientras que las **investigaciones *ad intra*** nunca tendrán efecto alguno en este sentido a no salir de la esfera corporativa. En otras palabras, la instrucción corporativa no resta poder al monopolio público de instruir causas penales ni es en este sentido excluyente –a lo sumo complementario (con las consecuencias que ello puede tener y que se analizarán)–. Lo único que denota es que aparece un nuevo sujeto (privado) que ejerce facultades investigadoras en el ámbito penal. Precisamente por esto último, se ha afirmado que, en tanto que las personas jurídicas asumen la función de control de la criminalidad, se está produciendo un proceso de «privatización» de una potestad que tradicionalmente ha recaído en los poderes públicos: la investigación penal.[23]

En esta lógica, esta habría dejado de ser monopolio de autoridades públicas. Y, efectivamente, desde una perspectiva material así es. Desde el momento en que las personas jurídicas del sector privado optan por inquirir en su entramado organizacional para detectar indicios de la comisión de un delito, lo que decimonónicamente había sido una actuación meramente pública ha dejado de serlo. Se ha hablado incluso de que las organizaciones han adoptado una labor

---

[20] Estrada I Cuadras/Llobet Anglí, «Derecho de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas», en Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 201 ss.

[21] Prieto González, en Gómez-Jara Díez (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, pp. 1106 y 1107.

[22] Ambas categorías no son excluyentes entre sí ni su catalogación se determina ex ante porque lo que originariamente solo perseguía fines internos, con posterioridad puede seducir la idea de aportarlo y exhibirlo externamente visto el resultado de la investigación.

[23] Las voces que así lo señalan son varias. Por señalar algunas, Nieto Martín, «Introducción», en Arroyo Zapater/Nieto Martín (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, *passim*; Montiel, «Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 224; Estrada I Cuadras/Llobet Anglí, en Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 206; Neira Pena, «Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* (37), 2015, pp. 4 ss.; Alcácer Guirao, «Investigaciones internas», en Ayala Gómez/Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 214; o, en el Derecho comparado, Sieber, en Urquizo Olaechea/Abanto Vásquez/Salazar Sánchez (coords.), *LH-Tiedemann*, 2011, p. 206.

pseudo-policial.[24] No creo que se haya llegado al extremo, señalado por algunos, de que la autorregulación y las investigaciones internas constituyen una suerte de delegación en la persona jurídica del ejercicio del *ius puniendi*, tanto material como procesalmente, sobre las personas que se encuentran bajo su ámbito de influencia.[25] Pero lo cierto es que las corporaciones desarrollan internamente de facto potestades instructoras.
Dejando a un lado los juicios de valor que puedan realizarse sobre esta privatización, lo hasta ahora dicho no es más que una plasmación de una realidad concurrente y en proceso de normalización en nuestro ordenamiento. Luego habrá que ver la virtualidad, el alcance y los efectos que las investigaciones internas pueden y podrán tener.

Dicho lo cual, las disquisiciones que surgen alrededor de las investigaciones internas son múltiples: cuáles son las ventajas y las desventajas de desarrollarlas; qué derechos y garantías son predicables de los investigados; cuáles son los deberes y las obligaciones de los investigadores; cuál es el nivel de sospecha exigido para comenzarlas; cuáles son el diseño y la tramitación más adecuados; cuáles son las sanciones a adoptar tras la conclusión; etc. Todas ellas son cuestiones de vital importancia y su adecuada respuesta permitirá que las instrucciones corporativas tengan o no proyección. No obstante, lo que interesa en esta reflexión reside en ubicar el origen y fundamento legal, así como discernir si, a pesar de estar asentándose en el sector privado, han sido vedadas indirectamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3. La zanahoria legislativa: los modelos de organización y gestión del Código Penal y sus efectos

No cabe duda de que el elemento fundamental e impulsor de las investigaciones internas se remonta a hechos recientes, concretamente, a la introducción en nuestro ordenamiento de una institución que tradicionalmente[26] le había sido ajena: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reconocida y reformada, respectivamente, por la LO 5/2010 y la LO 1/2015.[27] Sin

[24] Alcácer Guirao, «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley* (8053), 2013, p. 2.

[25] Gómez-Jara Díez, «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración de con la Administración de justicia», en Echano Basaldúa (dir.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos, Cuadernos penales de José María Lidón* (6), 2009, p. 233.

[26] Adviértase que cuando se hace referencia a «tradicionalmente» se está aludiendo al Derecho penal moderno. En contra del pensamiento generalizado de que la responsabilidad de las personas jurídicas se originó en el seno del *common law*, lo cierto es que estuvo reconocida en los ordenamientos de corte romano-germánica mucho tiempo antes. Ciertamente, la responsabilidad de los entes colectivos y *universitates* formó parte de la realidad jurídica de la Europa continental desde el siglo XII hasta el advenimiento y consagración de los postulados de la Revolución Francesa y de las tesis *ius* penalistas de Cesare Beccaria, momento en que se excluyó su viabilidad dogmática y se deificó la responsabilidad individual como norma única y excluyente. Por su parte, la idea de que las personas morales pudieran delinquir no fue acogida por el *common law* hasta mediados del siglo XIX. Véase Marinucci, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en VV.AA., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. I., 2008, p. 1183.

[27] En todo caso, nótese que las normas de «buen gobierno» también tienen un importante papel en la instauración de las investigaciones internas. Así, por ejemplo, son destacables las disposiciones sobre las políticas y procedimientos de control interno previstas en el Capítulo V de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y en el Capítulo IV del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de

embargo, en estas modificaciones legislativas el CP nada refirió explícitamente respecto a las instrucciones corporativas. Surge, por tanto, la pregunta de si las investigaciones internas constituyen una consecuencia (fáctica) ajena a la voluntad (jurídica) del legislador.

El régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra regulado, como bien es sabido, en los artículos 31 bis a 31. *quinquies* y concordantes del CP. A los efectos perseguidos, entre las disposiciones que lo componen resalta la que permite la exclusión de la responsabilidad corporativa si la organización en cuestión cuenta con un modelo de organización y gestión que incluya medidas de control adecuadas para reducir significativamente el riesgo de comisión de delitos en su seno, esto es, si cuenta con los ya referidos planes de prevención de delitos o de cumplimiento penal.[28]

Como norma genérica, estos programas deben promover una cultura organizacional que estimule el comportamiento ético y respeto por la legalidad[29] y su objeto no es otro que sistematizar los procedimientos y las medidas adoptadas dirigidas a este fin.[30] Ahora bien, no

---

prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; o los requisitos de organización interna impuestos por el artículo 193 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.

[28] Así queda atrás la discusión sobre el trato que merecía contar con un programa de cumplimiento en el momento de la comisión del delito: aunque estaba –y sigue estando– reconocido como una atenuante haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, nada decía el legislador sobre el trato que merecía la existencia de los modelos al tiempo de la comisión, como advertía, entre otros, Dopico Gómez-Aller, «Responsabilidad de personas jurídicas», en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, 2010, p. 170. Cierto sector doctrinal ya se inclinó por la propuesta vigente, véase -entre otros- Bacigalupo Saggese, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley* (7541), 2011, p. 7. En todo caso, nótese que su conceptualización como eximente es objeto de debate doctrinal, el cual reside principalmente en el modelo dogmático de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se quiera hacer valer; discusión interesante pero que excede del objeto de este trabajo.

[29] Gallego Soler, «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. *Programas de prevención, detección y reacción pena*l, 2014, p. 203. Estos programas, dada la evidencia empírica, parecen tener un impacto no menor como factor preventivo, pues, junto a los motivos que empujan a desarrollar actividades ilícitas y las oportunidades que favorecen estas conductas, la ausencia de control favorecen el florecimiento de actuaciones delictivas. Véase al respecto, Mckendall/DeMarr/Jones-Rikkers, «Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines», *Journal of Business Ethics* (37), 2002, *passim*.

[30] Artaza Varela, «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. *Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 237. Destáquese que los dos grandes modelos de programas de cumplimiento son los orientados a los valores, por un lado, y los basados en la vigilancia, por otro lado. Los primeros tienen como elemento central el código ético y como finalidad la promoción de valores internos acordes con el respeto a la legalidad a través fundamentalmente de la formación. Los segundos, como el propio nombre indica, se basan en la vigilancia. No es que en los primeros no existan medidas de control; existen, pero son las usuales dentro de una empresa. Sin embargo, en los segundos, las medidas de vigilancia son mucho más invasivas e incluyen el acceso a los correos electrónicos de los empleados, la videovigilancia, la contratación de detectives, etc. Véase al efecto Nieto Martín, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal» en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno (eds.),

deben limitarse a aportar directrices de conducta o códigos éticos, sino que han de contener medidas idóneas para dificultar o evitar la comisión de delitos.[31]

La adopción de estos modelos debe entenderse como una facultad propia del órgano de dirección y administración, que no un deber, en la medida en que la inobservancia de la adopción no es sancionada, sino que simplemente no permite que la persona jurídica pueda verse beneficiada de la exclusión de la responsabilidad.[32] Eso sí, para que esta opere no es suficiente la mera existencia de un modelo de control y supervisión, sino que debe tener un contenido mínimo y una eficacia preventiva mínima[33] –esto es, estar en el ámbito del riesgo permitido-,[34] al menos teórica. Es decir, debe mostrar visos de idoneidad *ex ante*. Por ello, contar con el debido asesoramiento en la elaboración, implementación, seguimiento y actualización de un programa de cumplimiento penal es clave y fundamental.

Para excluir la responsabilidad corporativa, es necesario que *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado* haya *sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos* de aquella. La configuración concreta de este órgano depende en todo caso del tipo de persona jurídica en cuestión. No obstante, sí parece correcto afirmar que las personas físicas que lo compongan deben contar con la adecuada formación y disponer de los medios y autoridad suficientes para poder desarrollar sus funciones con total independencia.[35]

Compliance y teoría del Derecho, 2013. Por coherencia sistemática, cabe imaginar que el segundo modelo se acabará imponiendo en el sector privado en tanto que es en el que tienen cabida las investigaciones internas (con las ventajas que estas presentan).

[31] Dopico Gómez-Aller, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 148.

[32] En una línea similar, pero identificando esta facultad como una incumbencia, véase Silva Sánchez, «La eximente de "modelos de prevención de delitos". Fundamento y bases para una dogmática», en Bacigalupo Saggese/Feijoo Sánchez/Echano Basaldúa (coords.), *LH-Miguel Bajo*, 2016, p. 681. Refiriéndose de manera más específica a procedimientos de inspección y monitoreo, se identifica como una carga en Neira Pena, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* (37), 2015, p. 7. No debe obviarse, en todo caso, que en el Proyecto de Código Penal se preveía imponer a los administradores la obligación de adoptar medidas de vigilancia para evitar la comisión de delitos (véase la versión publicada el día 4 de octubre de 2013, artículo 286 bis 1 CP). Esta técnica legislativa, se ha apuntado, incrementaría las investigaciones internas. Véase al efecto Cabezuela Sancho, «Medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la reforma en curso del Código Penal», *Diario La Ley* (8274), 2014.

[33] Bacigalupo Saggese, *Diario La Ley*, (7541), 2011, p. 7. Sobre los criterios de efectividad manejados en el Derecho comparado, véase Muñoz De Morales Romero, «Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada», en Arroyo Zapater/Nieto Martín (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance,* 2013, *passim*.

[34] Sánchez-Vera Gómez-Trelles, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Sección 1)», en Ayala Gómez/Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 637.

[35] Circular 1/2016 de la FGE, p. 46. En los casos en los que la responsabilidad penal del ente colectivo derive de la actuación de los sujetos que se encuentran bajo la supervisión de los individuos a los que se refiere el artículo 31 bis 1.b, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (artículo 31 bis 4). Ciertamente, debe aceptarse la tesis de que, aunque existe un doble régimen de exención de responsabilidad corporativa (uno para los delitos cometidos por los

Aunque a primera vista parece que esta especificación se refiere al oficial de cumplimiento, no en vano se ha señalado que no necesariamente procede realizar esta identificación automática.[36] En esta línea, el propio CP permite que las funciones de supervisión puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración, y no por otro independiente y autónomo, cuando la persona jurídica sea considerada de «pequeñas dimensiones», esto es, cuando según la legislación vigente, estén autorizadas para presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada (artículo 31 bis 3).[37] Estas distinciones entre unas y otras figuras pueden tornarse relevantes a la hora de valorar la efectividad y el seguimiento interno que se hace de una instrucción corporativa.

Asimismo, para que opere la exención (además de las condiciones previstas en los artículos 31 bis 2, 3 y 4), los modelos de prevención deben cumplir con determinados requisitos y exigencias.[38] Sin embargo, lo cierto es que **la norma no exige que estos modelos de organización y control estipulen mecanismos de investigación interna.** Nada dice el legislador sobre la indagación corporativa de comisión de delitos en su seno.

No obstante lo anterior, destáquese por el momento que el cuarto requisito exige la implementación de un sistema de información y denuncias que permita el descubrimiento de

---

administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados), ambos son sustancialmente idénticos; tan sólo la condición tercera de las cuatro que se estipulan en el artículo 31 bis 2 –referida a la elusión fraudulenta–resulta inaplicable en estos supuestos (Circular 1/2016 de la FGE, p. 62).

[36] Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en Ayala Gómez/Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 183. Sobre la figura del oficial de cumplimiento, véase, entre otros, Robles Planas, «El responsable de cumplimiento («*compliance officer*») ante el Derecho penal», en Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y* Compliance. *Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 319 ss. o Dopico Gómez-Aller, en Arroyo Zapater/Nieto Martín (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, p. 67.

[37] El artículo 258 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece: «1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. 2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior».

[38] Concretamente –reza el artículo 31 bis 5 del CP–: «1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

comisiones delictivas e identificación de los presuntos autores.[39] Asimismo, el quinto requisito refiere la articulación de un sistema disciplinario, el cual, según se ha indicado acertadamente, debe abarcar no sólo las comisiones delictivas sino también las conductas que dificulten su descubrimiento o infracciones de la obligación de información.[40] Todo ello sin perjuicio de que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo debe ser confiada a un órgano con poderes autónomos.

Señalado lo anterior, en otro orden de las cosas, junto a la exención prevista en el artículo 31 bis 2 a 5 del CP, el legislador ha previsto cuatro circunstancias (todas ellas postdelictivas)[41] que permiten atenuar la responsabilidad corporativa (artículo 31 *quater*).[42] Además de la acreditación parcial de las condiciones del artículo 31 bis 2 y la reparación del daño causado, el precepto permite la atenuación a través del establecimiento, «*antes del comienzo del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*». Esto es, básicamente, la implementación de un modelo de organización y gestión.

De igual manera, «*[h]aber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades*» constituye una atenuante de la que se puede beneficiar la persona jurídica. Se trata de una previsión que es completamente coherente con los fines político-criminales que hay detrás de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues su objeto es garantizar la persecución y condena de los delitos perpetrados en el seno social[43]. Requiere, como condición temporal, que la confesión se produzca con carácter previo a conocer la imputación, pero no exactamente antes del inicio del proceso.[44]

Por último, el ente colectivo puede atenuar su responsabilidad por «*[h]aber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*». A la vista de la dicción de la cláusula, no constituye una atenuante de mera actividad, pues el último inciso exige una obligación de resultado (lo que, apúntese, instauraría una categoría incompatible con el énfasis del Derecho Penal en la conducta de los sujetos a los que se dirige).[45] Asimismo, la

---

[39] Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en Ayala Gómez/Ortiz de Urbina (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 181. Para profundizar sobre estos canales de denuncia (también conocido como *whistleblowing*, en referencia a su homólogo anglosajón), véase, entre otros, Nieto Martín, en *Diario La Ley* (8120), 2013, *passim*; Ragués I Vallès, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013, *passim*; o Gómez Martín, "*Compliance* y derechos de los trabajadores", en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 447.

[40] Este requisito es exigido por la propia Circular 1/2016 de la FGE, pp. 44 y 45.

[41] Goena Vives, «La atenuante de colaboración», en Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 229 ss.

[42] Para un análisis crítico y completo sobre las atenuantes corporativas, remítase a Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, *passim*.

[43] Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, 2010, p. 175.

[44] Oubiña Barbolla, «Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas», en Moreno Catena, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2015, p. 365.

[45] Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, 2010, p. 175. Por ello propone el autor, a fin de evitar fraudes procesales, exigir relevancia sin incidir en su eficacia efectiva.

colaboración debería ser entendida como un acto unilateral de la persona jurídica y no como una respuesta a una petición del órgano judicial, pues si se está produciéndose una colaboración por la práctica de una diligencia judicial, lo aportado no será «nuevo».[46]

Una vez más, como ya ocurría con las exigencias de contenido de los planes de prevención de delitos, el legislador no alude expresamente a las investigaciones internas en el elenco del artículo 31 *quater* del CP. Practicarlas no es reconocido como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, sí entroniza como tal la autodenuncia, la colaboración corporativa relevante y eficaz, así como la implementación de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos en el seno social.

Así las cosas, ¿las investigaciones internas tienen algún fundamento legal? ¿Cuál es este, en su caso? ¿O estamos más bien ante la introducción en nuestra cultura jurídica de una institución paralela al parecer del legislador?

Ciertamente, **tanto los requisitos aludidos para los modelos de organización como las referidas circunstancias atenuantes de la responsabilidad corporativa presuponen la articulación de un mecanismo que permita detectar comisiones delictivas**.[47] En efecto, las personas jurídicas tienen legal (e indirectamente) atribuida la potestad de investigar internamente la eventual comisión de ilícitos penales en su seno.

Como bien se ha señalado, las investigaciones internas son una consecuencia necesaria de esta autorregulación que se ha instaurado en nuestro ordenamiento.[48] Son, de hecho, un elemento sustancial de los modelos de organización y gestión del artículo 31 bis.[49] Si, como entiende el legislador, estos deben estipular canales de denuncias, si estas deben ser recibidas por el órgano de cumplimiento y este, en su caso, ha de articular las imposiciones disciplinarias, es lógico pensar que el correcto y adecuado desempeño de estas funciones requiere inexcusablemente investigar sobre la infracción denunciada.[50] Un correcto funcionamiento interno requiere filtrar las comunicaciones que puedan ser falsarias o temerarias, así como garantizar que la habilitación sancionadora se desarrolle de manera inquiridora y no arbitraria.

De igual forma, para estar en disposición de confesar y autodenunciarse antes de ser sabedora de que el procedimiento judicial se dirige contra ella, la persona jurídica debe haber tenido

---

[46] Faraldo-Cabana, «Las penas», en Juanes Peces (dir.), Memento experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas, 2015, p. 106.

[47] Deduciendo en la misma línea, sin entrar en las concretas reflexiones de cada autor, véanse entre otros Montiel, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 222; Alcácer Guirao, en Ayala Gómez/Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 206 o Prieto González, en Gómez-Jara Díez (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, pp. 1105 y 1106. En términos más maximalistas, véase Bacigalupo Zapater, *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, 2012, p. 138.

[48] Prieto González, en Gómez-Jara Díez (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1106.

[49] Nieto Martín, en El mismo (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 231. Entendiendo que los procedimientos destinados al descubrimiento y esclarecimiento de delitos constituyen un elemento esencial de los programas de cumplimiento, véase Sieber, en Urquizo Olaechea/Abanto Vásquez/Salazar Sánchez (coords.), *LH-Tiedemann*, 2011, p. 206.

[50] Prieto González, en Gómez-Jara Díez (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1106.

oportunidad de conocer y evaluar el comportamiento objeto de la autodenuncia.[51] Y si se pretende que el ente colectivo colabore de manera relevante y eficaz, debe de tener a su disposición las herramientas que le permitan hacerlo. No en vano el artículo 31 *quater* 1.d estipula como atenuante el establecimiento, «*antes del comienzo del juicio oral,* (de) *medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos*». No se refiere solo a actuaciones que puedan influir en la conducta de sus integrantes y prevenir comisiones delictivas (adopción de códigos éticos o medidas similares), sino también a aquellas dirigidas a «descubrirlas».

Por tanto, las personas jurídicas tienen la facultad de investigar internamente la comisión de delitos en su seno. No porque lo diga el legislador nítidamente, sino porque constituye una consecuencia lógica del modelo de responsabilidad penal instaurado en nuestro ordenamiento. El desarrollo de investigaciones internas favorece y permite la aplicación de las circunstancias atenuantes e, incluso, demostrar que el programa de cumplimiento ha funcionado adecuadamente.[52] Dicho de otra manera, casa perfectamente con las eximentes y atenuantes de los artículos 31 bis 2, 3 y 4 y 31 *quáter* del CP. Los entes colectivos deben tener la posibilidad de evitar su reproche penal pues de otra manera quedarían a la merced de las actuaciones de sus integrantes. No tendría sentido que se les permitiese gozar de las antedichas atenuantes o exención, pero, en cambio, no pudieran actuar activamente para poder garantizar su efectividad, resultando ser fruto de la casualidad poder disfrutar de ellas.

De hecho, tal dominante es esta interpretación que la propia Fiscalía General del Estado (FGE, en adelante), en sus correspondientes Circulares 1/2011 y 1/2016, abraza la institución y anima a las personas jurídicas a investigar internamente la comisión de delitos en su seno. Lo hace al reconocerle mérito a la aportación al procedimiento de una investigación interna porque, entiende, estas contribuciones «*revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad*» y permite apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante o incluso eximente.[53]

A la vista queda que, aunque no sea de manera expresa, las investigaciones internas encuentran anclaje y fundamento en el propio CP y que incluso han sido promovidas y afirmadas por la propia FGE. Así, el legislador sacó una zanahoria[54] normativa a pasear que, poco a poco, está siendo seguida por algunos de nuestros operadores jurídicos y nuestro sector empresarial.

4. El palo jurisprudencial: una lectura preliminar del tridente regulatorio indirectamente elaborado por el Tribunal Supremo

Parece claro que las investigaciones internas cuentan con la bendición del legislador y de una institución de tal envergadura como la FGE. Sin embargo, la actitud mostrada por otro operador jurídico relevante, el Tribunal Supremo, no parece ser apriorísticamente tan nítida, pacífica y

[51] Sobre la problemática que encierra esta cuestión, véase Banacloche Palao, en VV.AA. *LH-Maza Martín*, 2018, *passim*.

[52] Del Rosal Blasco, «Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa», *Diario La Ley* (9180), 2018, p. 3.

[53] Circular FGE 1/2016, pp. 55 y 64.

[54] Utilizando el símil de la zanahoria, si bien en un sentido algo distinto, véase Nieto Martín, *Diario la Ley* (8120), 2013, *passim*.

anuente. Si bien el órgano judicial no ha tenido oportunidad todavía de pronunciarse expresamente sobre el fundamento, valor, alcance y efecto de las instrucciones corporativas en el procedimiento penal, lo cierto es que, en varios de sus pronunciamientos, ha discernido de manera indirecta sobre elementos que inciden en ellas.

Concretamente, estamos refiriéndonos a (i) la viabilidad probatoria que le ha otorgado a la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio» (STS, 980/2016, ponente Marchena Gómez); (ii) el rechazo a extender a la jurisdicción penal las limitaciones de derechos fundamentales por parte de los empleadores cuando ejercen su potestad de control de la actividad social (STS 528/2014, ponente Maza Martín); y (iii) las condiciones para no aplicar la exclusión probatoria de las evidencias obtenidas por los particulares lesionando derechos fundamentales (STS 116/2017, ponente Marchena Gómez).

Tras una primera lectura de estas resoluciones cabe preguntarse si el Tribunal Supremo ha censurado, aunque sea de una manera indirecta e inconsciente, la viabilidad de las investigaciones internas en nuestro ordenamiento o si, por lo contrario, todo esto no es más que una equivocada inferencia sugerente que no atiende a la ratio del órgano.

4.1. STS 980/2016, ponente Marchena Gómez: ausencia de viabilidad probatoria de la actividad dirigida a «preparar lo preparatorio»

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resolvió el recurso casacional interpuesto por el Ministerio Público contra un pronunciamiento absolutorio. La impugnación se fundamentaba en un motivo único de casación: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por habérsele «*privado al Ministerio Fiscal de un medio de prueba legítimo, tras haberse declarado indebidamente la nulidad del cuerpo de escritura y de la prueba pericial caligráfica realizados*». Concretamente, en el marco de unas Diligencias de Investigación incoadas por el Ministerio Fiscal, el acusado había elaborado un cuerpo de escritura que posteriormente devino esencial para la determinación de su participación en el delito. Esta diligencia había tenido lugar sin mediar detención o coacción alguna y se había ejercitado en debida forma el derecho a renunciar a la presencia del letrado defensor. Pese a ello, el órgano enjuiciador basó la declaración de nulidad de la prueba en el incumplimiento de las normas que regulaban el interrogatorio practicado por el Ministerio Público, así como en la no lectura previa de derechos, y, en fin, porque entendió que las diligencias del Fiscal no eran potencialmente idóneas para generar actos de prueba preconstituida o anticipada.

Pues bien, el sentido de la resolución casacional fue desestimatorio: el Tribunal Supremo concedió la razón al órgano *a quo*. Tal y como reseñó la sentencia, no cabe atribuir eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por la fiscalía, pues ello supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de aquel. Dictaminó en consecuencia que los actos de prueba susceptibles de integrar la apreciación probatoria a la que se refiere el artículo 741 LECrim solo pueden emanar de un órgano jurisdiccional. En esta línea, indicó que nada impide que ese cuerpo de escritura se elaborase a instancias del Ministerio Público con el fin de formular, en su caso, la correspondiente *notitia criminis*, y que, con posterioridad, pudiera convertirse en una fuente de prueba. «*Pero* –subrayó la sentencia– *no en virtud de una idoneidad originaria, sino como consecuencia de su fuerza probatoria sobrevenida*».

En definitiva, la ausencia de respeto del «irrenunciable cuadro de garantías» que asistía al procesado y la «naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal» impidió que el dictamen elaborado pudiera ser material valorable como medio de prueba. En esta línea, las Diligencias de Investigación fueron definidas por el Tribunal Supremo como **«lo preparatorio que precede a lo preparatorio»** pero, no por ello, podían difuminarse las garantías constitucionales de contradicción, proporcionalidad y defensa, pues estas –señaló la resolución– devienen irrenunciables.

Pues bien, si extrapolamos este razonamiento a nuestro objeto de reflexión, es incuestionable que si las actuaciones indagatorias del Ministerio Público, como tal, no gozan de valor probatorio en un proceso penal (a pesar de tener presunción de autenticidad), con más razón las pesquisas corporativas, como tal, carecerán de tal eficacia. Ciertamente, aquellas actuaciones indagatorias que se hayan podido desarrollar en una investigación interna no constituirán en sí mismos actos de prueba. En términos del alto órgano, la instrucción corporativa no será nunca más que, en su caso, preparatorio que precede a lo preparatorio: la investigación interna no es un fin en sí misma y siempre tendrá vocación instrumental.
Así, la STS 980/2016 impediría que el material probatorio recopilado en una investigación interna sea considerado, por sí solo, un acto de prueba en un procedimiento penal. La «naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal» de las investigaciones imposibilita que puedan constituirlo como tal.

4.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: restricción de extrapolar las facultades limitadoras de derechos fundamentales que el empleador tiene en el ámbito laboral a la jurisdicción penal

El principal inconveniente de las investigaciones internas es la tensión que se produce entre la facultad –o derecho, según se mire-[55] de la persona jurídica de conocer la comisión de delitos en su seno, por un lado, y el respeto de los derechos fundamentales de sus integrantes, tales como la intimidad o secreto a las comunicaciones, por otro lado.[56] Efectivamente, las investigaciones corporativas no pueden servir de pretexto para vulnerar los derechos fundamentales de los investigados, como no podía ser de otra manera.[57] No sólo porque la propia lógica constitucional así lo prescribe, sino porque su eventual conculcación podría devenir en una obtención ilícita del material probatorio, impidiendo su virtualidad en el proceso (*ex* artículo 11 LOPJ –sobre este punto se indagará *infra*-).[58] Así, las investigaciones internas se encuentran sometidas no sólo al Derecho procesal penal, sino a las normas del Derecho de protección de datos y el Derecho laboral.[59]

---

[55] Se estipule como facultad o como derecho, sobre lo que no cabe duda es que no puede ser concebido como un deber. Ello es así porque, como se ha indicado en la nota 32, si no existe deber de implementar un modelo de organización y control, tampoco lo hay de desarrollar investigaciones internas. En la misma línea, MONTIEL, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 504.

[56] GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, 2014, p. 423.

[57] En la misma línea, entre otros, MASCHMANN, «*Compliance* y derecho del trabajador», en KUHLEN et al. (eds.), Compliance *y Teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 147.

[58] Véanse apartados los 4.3 y 5.3.

[59] MOOSMAYER, «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, 2013, p. 138.

En este sentido, desde la doctrina se venía abogando por hacer uso de la normativa laboral para articular un marco normativo de referencia[60] y, la verdad, ante la ausencia de otra regulación autorizadora, constituía una solución óptima (por no decir la única). No obstante, una primera lectura de la STS, 528/2014, ponente Maza Martín, puede llevar a la conclusión de que el Tribunal Supremo ha desaprobado este planteamiento.

Sin necesidad de entrar en sus pormenores fácticos (pues la doctrina enunciada se estableció más bien en un ejercicio nomofiláctico), la sentencia decretó que las potestades de dirección y control del empresario, típicas de la jurisdicción laboral, deben circunscribirse a la misma sin que puedan extenderse al enjuiciamiento penal. Particularmente, el Tribunal Supremo se refirió a la potestad de la empresa de analizar y examinar los medios de trabajo que, siendo de su titularidad, son puestos a disposición de los trabajadores para realizar sus tareas (ordenadores, cuentas de correo electrónico corporativas, etc.), siempre que se haya enervado la expectativa de privacidad de los empleados previamente. Como bien es sabido, conforme a la jurisprudencia de la Sala Cuarta y la doctrina constitucional, cuando se tratan de medios informáticos facilitados por la empresa para la prestación de sus servicios, esta puede imponer límites en su uso, los cuales se harán efectivos lícitamente si han sido dados a conocer al trabajador afectado (ya sea en el contrato de trabajo, en una norma interna de la empresa o, incluso, en el convenio colectivo aplicable). Esta restricción corporativa anula la expectativa razonable de privacidad que podría entenderse establecida por la práctica interna o como uso social (véanse las SSTC, 241/2012, ponente González Rivas y 170/2013, ponente Ollero Tassara).

La STS 528/2014, ponente Maza Martín, estipula que estos criterios «*han de quedar restringidos al ámbito de la Jurisdicción laboral, ante el que obviamente nuestra actitud no puede ser otra más que la de un absoluto respeto (...), pero que, en modo alguno, procede que se extiendan al enjuiciamiento penal, por mucho que en este la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas*». Fundamenta la tesis razonando que el artículo 18.3 de la Constitución (en adelante, CE) exige la concurrencia de una resolución judicial de tal modo que «*no contempla, por tanto, ninguna posibilidad, ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ("correo corporativo"), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia*». Asimismo, señala que la renuncia al derecho no puede convalidar la ausencia de intervención judicial. Por consiguiente –continúa la sentencia– «*para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial*».

[60] Como ejemplo de esta corriente, tómese como ejemplo Gómez Martín, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, *passim*; Estrada I Cuadras/Llobet Anglí, en Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, *passim*; Alcácer Guirao, en Ayala Gómez/Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 207.

En definitiva, como se decía *supra*, **la citada STS 528/2014 estableció que las potestades de dirección y control del empresario, típicas de la jurisdicción social, deben circunscribirse a la misma sin que puedan extenderse al enjuiciamiento penal.**[61] En esta línea, decaerían las referidas propuestas doctrinales dirigidas a definir al Derecho laboral como marco de referencia de las investigaciones internas y limitarían notablemente las capacidades de los investigadores.[62] De ser cierto, estos no contarían con ningún fundamento legal para obtener información depositada en los dispositivos electrónicos que los empleados sujetos a la correspondiente investigación interna hubieran podido generar.

4.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: condiciones para aplicar la exclusión probatoria de las evidencias lesivas de los derechos fundamentales obtenidas por los particulares

En su STS 116/2017,[63] el Tribunal Supremo analizó, entre otras cuestiones, si el delito fiscal al que había sido condenado el recurrente había sido fundado en una prueba de cargo ilícitamente obtenida. Concretamente, la prueba en cuestión era un fichero con una relación de individuos con cuentas en Suiza no declaradas (entre los que se encontraba el recurrente), obtenido en el país extranjero vulnerando su derecho fundamental a la intimidad y que, tras ser tratado por las autoridades francesas, fue remitida a las españolas. Esta relación era la conocida como *Lista Falciani*.

Tras un análisis de las resoluciones acaecidas en el Derecho comparado analizando cuestiones similares y descartando la virtualidad de los principios de no indagación o doble incriminación (que en el caso concreto podían ser relevantes y habían sido argüidos por el recurrente), el Tribunal Supremo estableció acertadamente como premisa que «*[e]l concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 de la LOPJ vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito*».

A continuación, discernió que «*[e]l poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías*». En consecuencia –continuó la resolución–, «*es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes*

---

[61] Para un análisis comparado de la jurisprudencia social, penal, constitucional y europea en esta materia, véase Agustina/Vargas, «Investigaciones internas y privacidad en el correo electrónico corporativo: sobre la necesidad de autorización judicial previa para acceder a los correos electrónicos de la empresa», en Gómez-Jara Díez, *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, *passim*.

[62] Este punto resulta llamativo desde la óptica del Derecho comparado pues, en Alemania, por ejemplo, –cuyo ordenamiento es de innegable y notoria influencia sobre el nuestro–, la jurisprudencia ha afirmado que las investigaciones internas están sometidas del derecho laboral (véase, por ejemplo, LG Hamburg, *NJW,* 2001, 942 [«HSH Nordbank»]).

[63] El Tribunal Constitucional corroboró la posición adoptada por esta sentencia del Tribunal Supremo en su STC 97/2019 (Pleno), ponente Montoya Melgar.

para la formulación del juicio de autoría. (…) Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas ("no surtirán efecto las pruebas obtenidas…"). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal -entendido éste en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales».

Así, «*la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior (…) la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. (…) Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal». Y todo ello «pese a existir constancia de que [los ficheros documentales] fueron sustraídos de forma ilegítima por un tercero*».
Sobre este razonamiento, entendió que «*la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame*». Dicho lo cual, **el Tribunal Supremo estipuló dos condiciones para poder valorar en un procedimiento penal las pruebas obtenidas por un particular: (i) que la actuación individual estuviera desvinculada absolutamente al ejercicio del *ius puniendi* y (ii) que no existiera interés en la prefabricación de pruebas**.

Si analizamos ambas condiciones a la luz de una investigación interna, a priori, podría entenderse que ponen en entredicho su viabilidad en el procedimiento penal. Respecto a la primera cabe apuntar que si, como decíamos, nuestro ordenamiento ha optado por acudir a técnicas del derecho reflexivo y ha decidido delegar las funciones de control de la criminalidad en las personas jurídicas, a primera vista parecería complicado deslindar las investigaciones internas de la actividad judicial. No obstante, **desde una perspectiva material, una investigación interna ni respalda ni es una pieza camuflada del Estado**. Las pesquisas corporativas nada tienen que ver con las propias de la autoridad, por más que las mismas puedan perseguir los mismos objetivos. Son una actuación paralela, ajena a los entresijos estatales, que a lo sumo coadyuva a fines legítimamente perseguidos, pero no a la propia actividad pública dirigida a su consecución. Creo que no deberían confundirse medios con fines.

Asimismo, la persona jurídica, ya sea en su calidad de investigada o preinvestigada, está en disposición de ejercitar en toda su extensión sus derechos y prevalerse de las garantías que el procedimiento le otorga. Por ello, incluso desde una perspectiva teleológica, no se daría esta convergencia si consideramos que conocer lo ocurrido es indispensable para garantizar, en su caso, el derecho de defensa corporativo.

Por su parte, la segunda condición sí pudiera ser más problemática. Al fin y al cabo, la instrucción corporativa pretende aprehender fuentes de prueba. **De manera difusa y compleja puede argumentarse que la investigación interna no tenía interés en prefabricar pruebas**

si son incorporadas a un procedimiento penal más tarde (de ahí que se dijera que su catalogación como *ad intra* o *ad extra* no es excluyente e indeterminable *ex ante*).

Consecuentemente, esta resolución podría tener repercusión en la viabilidad procesal de las investigaciones internas *ad extra*: lo obtenido en su desarrollo no podría ser ulteriormente utilizado en un procedimiento penal.

5. ¿El palo jurisprudencial?: una relectura sosegada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Como consecuencia de lo anterior, la primera impresión de este trípode jurisprudencial es que el Tribunal Supremo le habría «dado un palo» definitivo a las investigaciones internas: Las evidencias recopiladas nunca podrían ser utilizadas como prueba ante un órgano jurisdiccional. Se habría vedado por los jueces lo que el legislador parecía haber fomentado de manera indirecta.

No obstante, ¿es tal el palo jurisprudencial? Una lectura sosegada de las resoluciones analizadas puede guiar a una conclusión distinta.

5.1. STS, 980/2016, ponente Marchena Gómez: las investigaciones internas no se limitan a «preparar lo preparatorio» sino que lo recopilado en su desarrollo se debe incorporar al proceso a través de un medio de prueba válido

Hemos visto que la STS 980/2016, negando la virtualidad probatoria de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, estaría impidiendo que el material probatorio recopilado en una investigación interna sea considerado, por sí solo, un acto de prueba en un procedimiento penal. Como hemos indicado, la «naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal» –en palabras del Tribunal Supremo- de las investigaciones imposibilita que puedan constituirlo como tal.

Sin embargo, esto no debe llevar a la conclusión de que esta limitación suponga de por sí que la instrucción corporativa sea papel mojado y que lo obtenido en su desarrollo no pueda ser valorada por el órgano judicial.

En efecto, una cosa es que las investigaciones internas en sí mismas –las actuaciones que puedan desarrollar o los informes que puedan elaborarse en su seno– no puedan ser conceptuadas como fuente y/o medio de prueba y otra, muy distinta, que no pueda ser incorporadas a un procedimiento penal a través de un medio de prueba válido. Si –como determina la sentencia de referencia– «solo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria» por el órgano judicial, tan solo debe procederse a *convertir* en acto jurisdiccional el material obtenido en una investigación interna.

La declaración que un empleado haya podido prestar en el seno de una instrucción corporativa, por ejemplo, no constituye en sí un acto procesal que pueda valorarse como medio de prueba. Lo que no se permite es que lo que un individuo dijera en una entrevista durante la investigación interna sea, por sí sola, una deposición judicial. Pero ello no impide que esa misma deposición tenga lugar ante el órgano judicial competente (con efectivo cumplimiento

de las previsiones, advertencias y garantías legales correspondientes según el caso) y, en consecuencia, se erija como prueba. Tampoco imposibilita que se aporte, si existe, el acta levantada durante la entrevista o la grabación audiovisual soporte y que se evalúen las discrepancias que se puedan dar entre una y otra deposición a los efectos de valorar la prueba. De igual manera, los documentos que puedan haberse aprehendido, sin son aportados a la causa para permitir su análisis y, en su caso, impugnación, nada impide que puedan ser evaluados en el procedimiento penal. Existiendo las fuentes de prueba, pueden obtenerse los medios de prueba.

Así, todo material probatorio que se recopile durante una investigación interna podrá tener virtualidad probatoria siempre que sea incorporado al procedimiento penal mediante un medio de prueba válido[64] con plenas garantías (principalmente, contradicción, interdicción de provocar indefensión y control de legalidad). Todo ello sin perjuicio de la valoración posterior que se pueda realizar sobre los mismos por las partes y el órgano competente.

Dicho lo cual, haciendo mías las palabras de la siguiente reflexión[65] (la cual juega a su vez con las propias de la resolución de referencia): «*[s]iguiendo el paralelismo [entre Diligencias de Investigación y las investigaciones internas como «lo preparatorio que precede a lo preparatorio»], si según la misma jurisprudencia las Diligencias de Investigación del Fiscal "agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de acciones penales", las investigaciones internas (…) agotarán su funcionalidad cuando sirven a la empresa para tomar sus decisiones respecto a los trabajadores y respecto a las comunicaciones que deban hacer a las autoridades, no pudiendo de ninguna forma "aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba" porque "lo impide el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional*». En fin, siguiendo este paralelismo, esta resolución, más que denostar las investigaciones internas, podría estar reforzando aquellas con vocación *ad intra*.

Por tanto, la incidencia que se puede deducir de la citada STS 980/2016 sobre las investigaciones es doble. Mientras que por un lado explica la eficacia probatoria de las instrucciones corporativas *ad extra* (que no niega, pues siempre se puede proceder a su conversión en acto procesal), por otro lado, puede inferirse cierto respaldo a las instrucciones corporativas *ad intra*. En definitiva, no se les habría «dado» un palo.

5.2. STS 528/2014, ponente Maza Martín: la limitación de las facultades de control del empresario al ámbito laboral no afecta a la práctica común de las investigaciones internas

La limitación jurisprudencial de las facultades de control del empresario al ámbito laboral implicaría la eliminación de la base legal sobre la que se sustentarían las pesquisas de una investigación interna focalizadas en el ámbito penal, como hemos visto.

Sin embargo, esta conclusión sería apresurada (y equivocada), pues al margen de lo que se ha transcrito de la sentencia, el Tribunal Supremo subrayó que la restricción señalada «*operará tan*

[64] PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1115.

[65] PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1115.

solo respecto a lo que estrictamente constituye ese "secreto de las comunicaciones", es decir, con exclusión de los denominados "datos de tráfico" o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial».

Como se ve, de la anterior restricción jurisprudencial **se excluyen los denominados datos de tráfico, la utilización de los equipos informáticos para acceder a otros servicios de la red y los mensajes recibidos y abiertos por su destinatario**, pues no forman parte de una comunicación en sentido estricto y, por tanto, no se someten al derecho de las comunicaciones. Es decir, la restricción jurisprudencial abarca al proceso de comunicación en sí, que constituye en núcleo de protección del artículo 18.3 de la CE, pero no a otros elementos asociados que gozan un nivel de protección tan solo legal o reglamentario, pero no constitucional. Esto es de suma relevancia para el desarrollo de las investigaciones internas pues las actuaciones que con mayor regularidad se realizan en las mismas son, aparte de entrevistas con los trabajadores, el análisis de correos electrónicos (recibidos y leídos), por un lado, y la revisión de la documentación e información contenida en los dispositivos utilizados por los empleados, por otro lado.[66] Es decir, elementos ajenos al artículo 18.3 de la CE.

No en vano, **en su STS 489/2018, ponente Del Moral García, el Tribunal Supremo apuntaló en la jurisdicción penal el denominado *test Barbulescu***, elaborado por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en su sentencia de 5 de septiembre de 2017 (asunto: Barbulescu c. Rumanía).[67] Sin perjuicio de que el Alto Tribunal reconozca que la conocida como doctrina Barbulescu II no difiere mucho de la jurisprudencia nacional, este hito supone la aceptación en la jurisdicción penal de criterios de acceso a fuentes de prueba primordiales de las investigaciones internas (siempre que se respeten los límites del artículo 18.3 de la CE).[68]

En este sentido, para dar cumplimiento con los requisitos de la mentada doctrina conviene contar con unos eficaces y claros protocolos, así como con políticas de uso y acceso de los medios (informáticos) puestos a disposición de los empleados. Asimismo, en esta línea, conviene señalar que el carácter irresoluble que el eventual conflicto de intereses que podría darse entre los trabajadores investigados y la propia persona jurídica, junto a la dirección que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haber tomado sobre la

[66] PRIETO GONZÁLEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p. 1111. No obstante, la autora señala que la extensión de las políticas BYOD («*Bring Your Own Device*»), en las que las empresas incentivan que los trabajadores utilicen sus propios dispositivos, obligará a matizar la jurisprudencia que basa, como se ha visto, la inexistencia de la expectativa de privacidad en la titularidad de los medios.

[67] Véase Sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017, Barbulescu c. Rumanía.

[68] Para entrar en detalle sobre los problemas penales que encierra el control de los medios empresariales, véase en otros, BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», *Diario La Ley* (8031), 2013, *passim*; COLOMER HERNÁNDEZ, «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley* (9080), 2017, *passim*.

ausencia de amparo del secreto profesional al abogado interno,[69] hace aconsejable que las investigaciones internas sean desarrolladas por abogados externos.[70] Estarán en mejor disposición de sortear los inconvenientes antedichos.

En consecuencia, lo que al principio podría parecer una restricción sustancial y enervante para las investigaciones internas se torna, con las matizaciones subrayadas, en una simple enfatización garantista: la atenuación o exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede ser excusa para transgredir los derechos fundamentales de los individuos. La restricción de las facultades de control de la empresa en la jurisdicción penal no veta las pesquisas más comunes en las investigaciones internas y, por tanto, no se ven limitadas.

5.3. STS 116/2017, ponente Marchena Gómez: la exclusión probatoria no aplica a las investigaciones internas en tanto que las evidencias no se han de obtener lesionando derechos fundamentales

Esta sentencia dictaminó, como hemos indicado, que «*la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame*». Pero, también hemos visto, estableció dos condiciones para poder valorar en un procedimiento penal las pruebas obtenidas por un particular: (i) que la actuación individual estuviera desvinculada absolutamente al ejercicio del *ius puniendi* y (ii) que no existiera interés en la prefabricación de pruebas.

Cuando establece los dos condicionantes, el TS lo hace, de manera general y global, respecto a las fuentes de pruebas aprehendidas por un particular. Y ello tiene las repercusiones señaladas: no sin ciertas dificultades se puede decir que las investigaciones internas cumplen con los dos requisitos jurisprudencialmente definidos.

Sin embargo, no ha de perderse de vista cuál es la ratio de la argumentación: determinar si aplica la exclusión del artículo 11 LOPJ a las pruebas obtenidos por un particular violentando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales. **Es decir, las dos condiciones son de aplicación cuando concurren dos presupuestos, a saber, (i) la obtención de pruebas por un particular (ii) vulnerando derechos o libertades fundamentales. Pero ya se ha señalado que la premisa básica y el presupuesto elemental que sustenta cualquier investigación interna es garantizarlos, por lo que, en realidad, es nula la repercusión de este pronunciamiento sobre las instrucciones corporativas que sean respetuosos con aquellos** (algo que –se ha de insistir– debería darse por descontado). Se deduce pues que, siempre que no se conculquen derechos o libertades fundamentales, a las investigaciones internas no se les aplicarán los requisitos de desvinculación con la actividad estatal y de desinterés en la prefabricación.

---

[69] Véase la Sentencia del TJUE, de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd. c. Comisión Europea (C-550/07).

[70] Coincidiendo en esta conclusión, SAHAN, «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, 2013, p. 256. En contra, por entender que no debe realizarse distinción entre abogado interno y externo a efectos del secreto profesional, véase por ejemplo DÍAZ ALDAO/HERNÁNDEZ PÉREZ, «Las investigaciones internas del modelo de prevención penal» en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Maza Martín*, t. II, 2019, p.1003.

Sea como fuera, lo cierto es que la sentencia apuntó que «*razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal (...) Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto*». Por tanto, es probable que el TS, llegado el caso, realice un ejercicio de reconsideración de su jurisprudencia a la luz del caso concreto de una investigación interna y se pronuncie expresamente sobre la validez probatoria de las fuentes de prueba obtenidas en el curso de la misma. De todos modos, como adelantamos, su validez no tendría por qué ponerse en entredicho.

En definitiva, no habría tal palo jurisprudencial por parte del TS.

6. ¿Y si el palo jurisprudencial viniera de fuera? Breve referencia a las resoluciones del *Bundesverfassungsgericht* en el caso «*Dieselgate*»

Hemos visto que nuestro legislador mostró, al menos indirectamente, una zanahoria para fomentar el desarrollo de investigaciones internas y que, lejos del sugestivo planteamiento inicial, el Tribunal Supremo no ha sacado un palo para sacudirlas. Pero ¿y si el palo jurisprudencial viniese de fuera, concretamente de la jurisdicción alemana?

En tres (relativamente) recientes resoluciones, el BVerfG dictaminó sobre cuestiones esenciales relativas a las investigaciones internas (procedimientos 2 BvR 1562/17; 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17; y 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17).[71] Y lo hizo de tal manera que estas no salieron bien paradas. Está fuera de dudas que la eficacia normativa directa de estos pronunciamientos en nuestro ordenamiento es nula. Sin embargo, a la vista de la tradicional costumbre que nuestros operadores jurídicos (poderes legislativo y judicial, doctrina, etc.) tienen en atender a la realidad vecina –señaladamente la teutona–, conviene apuntar brevemente los siguientes comentarios.

A raíz del fraude de las emisiones contaminantes de sus vehículos diésel, Volkswagen AG contrató los servicios de asesoramiento de una firma de abogados norteamericana. Estos servicios se circunscribían al correspondiente asesoramiento legal y representación letrada ante las autoridades estadounidenses, así como al desarrollo de una investigación interna para conocer la realidad de los hechos. En el seno de la misma, los abogados de la oficina de Múnich del despacho contratado analizaron grandes volúmenes de documentación corporativa y de diferentes empleados de las distintas sociedades del grupo Volkswagen.

En paralelo a esta instrucción corporativa, se inició una propiamente judicial sobre las emisiones contaminantes de los motores diésel 3.0 de Audi AG (el denominado **caso «*Dieselgate*» o caso Volkswagen**). En la misma se investigaban las posibles responsabilidades penales y contravencionales[72] en las que la empresa automovilística y/o sus directivos podían

[71] Para acceder a un análisis del *iter* impugnatorio y las resoluciones del Tribunal Constitucional, véase https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2018/bvg18-057.html (en alemán o inglés). Último acceso: 7 de marzo de 2020.

[72] El principio *societas delinquere non potest* sigue vigente en el ordenamiento germano. La estricta dogmática *ius* penalista alemana ha impedido que las personas jurídicas puedan ser declaradas

haber incurrido. En un momento dado de la investigación judicial, el órgano competente acordó la entrada y registro de las oficinas de la antedicha firma legal radicada en Múnich, en la que las autoridades correspondientes aprehendieron diversa documentación que había sido recopilada y producida en la investigación interna en curso. De este modo, el material circunscrito a la instrucción corporativa pasó a formar parte de las actuaciones del procedimiento penal.
Frente a esta decisión judicial se inició un triple *iter* impugnatorio que acabó ante el BVerfG. La señalada orden de entrada y registro fue recurrida, separadamente, por la firma norteamericana, tres abogados empleados de esta y la propia sociedad Volkswagen AG (respectivamente, procedimientos 2 BvR 1562/17; 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 y BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17).

El primer recurso fue desatendido por el BVerfG por entender que el despacho estadounidense carecía de legitimación para formular sus pretensiones. Determinó que, al ser una sociedad constituida según las leyes del Estado de Ohio (Estados Unidos), no podía ser sujeto de derechos fundamentales por no ser una persona jurídica alemana y por no poder acreditarse que su oficina principal radicara en ningún Estado miembro de la Unión Europea.

La segunda impugnación tampoco recibió la anuencia del tribunal. Igual que en el anterior supuesto, a los tres abogados recurrentes se les denegó legitimación alguna por no ser titulares de ningún derecho fundamental afectado por la orden de entrada y registro (o las resoluciones confirmatorias de las mismas). Se entendió que no eran titulares del domicilio objeto de la orden, ni que el material incautado afectara a su intimidad o datos personales (por ser de titularidad de la sociedad Volkswagen AG), ni que el ejercicio del derecho a la libertad profesional o libertad de empresa se hubiera visto afectado. También afirmó el órgano judicial que su derecho a un proceso con todas las garantías no se había visto comprometido en tanto que no eran parte del procedimiento en el que se acordó la entrada y registro.

Por último, respecto al recurso de la sociedad Volkswagen AG, el BVerfG entendió que los derechos de la mercantil se habían visto afectados. Sin embargo, determinó que no se había vulnerado el derecho corporativo a un proceso con todas las garantías. Justificó la legitimidad de la intromisión por la existencia de un procedimiento penal en curso, afirmando que lo recopilado y elaborado en el seno de la investigación interna no podía estar amparado por el

---

criminalmente responsables a pesar de las propuestas doctrinales que se han formulado. Sin embargo, la responsabilidad de las personas jurídicas no es una institución ajena al Derecho alemán. Actualmente, está prevista, principalmente, en el Derecho contravencional, una rama a camino entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal que sanciona los tipos contravencionales (las faltas despenalizadas y los ilícitos administrativos). La *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 1968 («OWiG»), en su artículo 30, estipula un régimen de responsabilidad contravencional de los entes colectivos en virtud del cual pueden ser declarados responsables por la comisión, en su seno, de un ilícito de naturaleza criminal o contravencional. De esta manera, las infracciones del ordenamiento penal y contravencional pueden acarrear consecuencias punitivas para las entidades. Por otra parte, si bien es cierto que no alude directamente a la responsabilidad de los entes colectivos, el artículo 130 OWiG establece un régimen de responsabilidad por la violación de los deberes de supervisión y control en el seno corporativo que, indirectamente, puede implicar la propia del ente. Para profundizar en el modelo teutón, véase entre otros muchos LOUIS/WASSMER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania» *Revista Penal-Sistemas Penales Comparados* (17), 2006, *passim*; BÖSE, «Corporate Criminal Liability in Germany», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability in Germany: Emergence, Convergence and Risk (Ius Gentum: Comparative Perspectives on Law and Justice)*, 2011, *passim*; o en un análisis comparado con otras jurisdicciones, PRIETO GONZÁLEZ/AYALA GONZÁLEZ, «Derecho comparado», en JUANES PECES, *Memento Experto Compliance Penal*, 2017, *passim*.

secreto profesional de los correspondientes abogados en tanto que aquel se había establecido con Volkswagen AG y no Audi AG, que sería en su caso la parte pasiva del procedimiento penal.

De las anteriores resoluciones se deduce que en el caso *Dieselgate*, la Justicia alemana permitió que todo lo recopilado y producido en una investigación interna fuera objeto de incautación por las autoridades e incorporado a un procedimiento judicial que investigaba hechos presuntamente constitutivos de ilícitos penales y contravencionales. Todo ello, sin considerar ninguna afectación del derecho de defensa de la persona jurídica internamente investigada ni intromisión en el secreto profesional que podía tener esta con sus abogados.

Sin entrar en mayores pormenores, de una lectura sistemática de las anteriores resoluciones es claro que se deducen consecuencias nefastas para las investigaciones internas. Ponen en tela de juicio la cobertura que el secreto profesional ofrece a las investigaciones internas y lo que se recopila o elabora en su seno. Desarrollarlas podría ser contraproducente, pues lo descubierto en las mismas no estaría amparado constitucionalmente. Y ello, huelga decir, afectaría seriamente al derecho de defensa (en sentido amplio) de la persona jurídica que haya decidido llevarla a cabo (sobre todo, si su fin era, precisamente, tomar decisiones de cara a un eventual procedimiento penal).
En todo caso, si eliminamos los filtros subjetivos, la cuestión de las pendencias particulares a un proceso judicial en y la de los derechos vinculados al mismo,[73] podría decirse que –según el BVerfG– solo estaría amparado por el secreto profesional y el derecho corporativo de defensa el producto de una investigación que un abogado externo haya podido elaborar para el diseño de una estrategia de defensa. Es decir, solo aquellas investigaciones internas (*ad intra* o *ad extra*) que estuvieran vinculadas a un procedimiento (penal), en curso o de futura incoación, estarían

[73] Varias son las consideraciones a tomar en cuenta si se pretende analizar el potencial traspaso automático del BVerfG. En primer lugar, respecto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Reconocido en el artículo 18.2 CE, la titularidad de la persona jurídica con respecto a aquél es una cuestión controvertida. El Tribunal Constitucional no se ha mostrado unánime a la hora de extender el ámbito subjetivo de la inviolabilidad del domicilio, pues si la reconoció en alguno de sus pronunciamientos (véanse, entre otras, las SSTC 137/1985, ponente Pera Verdaguer y 144/1987, ponente Rubio Llorente), en otras ocasiones ha incorporado las notas de la morada y privacidad para negar su titularidad (SSTC 228/1997, ponente García Manzano, y 283/2000, Jiménez de Parga y Cabrera). Sin embargo, diferentes resoluciones del Tribunal Supremo y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han mostrado favorables a atribuir la titularidad del derecho a las personas jurídicas (STS 312/2009, ponente Ramos Gancedo, y las sentencias del TEDH caso Ekimdzhiev c. Bulgaria, de 28 de junio de 2007, y caso Isildak c. Turquía, de 30 de septiembre de 2008). Por tanto, la titularidad de derechos fundamentales de una persona jurídica (nacional o extranjera), concretamente a la inviolabilidad del domicilio, no debería cuestionarse en nuestro ordenamiento. En esta línea, véase HERNÁNDEZ GARCÍA, «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», en *Diario La Ley* (7427), 2010, p. 10. En segundo término, la distinción entre Volkswagen AG y Audi AG podría ser más cosmética que real: desde el momento en que la investigación interna analizó documentación de la segunda (como sociedad del grupo empresarial Volkswagen), desde una perspectiva material se afectó al derecho de defensa de esta en el procedimiento en curso. Que la relación abogado-cliente no se entendiera establecida con ella no parece escapar de un mero formalismo que, ponderado con el derecho corporativo de defensa, podría ser fácilmente superable. La investigación interna, insertada en el marco de las labores de asesoramiento pre-litigioso y la eventual estrategia de defensa a seguir, no tenía por qué circunscribirse a la sociedad firmante de la oportuna propuesta de honorarios. Antes al contrario, la virtualidad de las pesquisas estaría dirigida a garantizar la tutela de cualesquiera de las sociedades (y, en su caso, empleados de las mismas) del grupo empresarial Volkswagen.

a salvo de ser objeto de injerencias ajenas a la relación abogado-cliente.[74] En esta lectura, más garantista y precisa que la señalada en el párrafo anterior, se limitaría el potencial daño de las resoluciones señaladas.

Ciertamente, entiendo que, en el peor de los casos, esta es la que debiera hacerse. Por lo general, la entrada y registro de un despacho de abogados para aprehender documentación, como idea, no resulta ser una decisión proporcional (estemos o no ante investigaciones internas). En todo caso, estas han de enmarcarse, como veíamos *supra*, en el derecho corporativo de defensa y, como tal, deben respetarse para evitar injerencias indebidas del aparato judicial. El secreto profesional y la confidencialidad de lo que recopile, custodie, elabore y produzca el letrado de una persona jurídica en el seno de una investigación interna debe regir como garantía del procedimiento penal. Si se pretende sumar a los entes corporativos en la lucha contra la criminalidad y que coadyuven en la detección de comisiones delictivas, los estímulos e incentivos deben ser los adecuados. De lo contrario, se fomentará la opacidad corporativa, que es, precisamente, el efecto contrario al perseguido por el legislador.

Dicho lo cual, habrá que ver si alguna de estas resoluciones es tomada como referencia por algún pronunciamiento doméstico y si se inflige, en su caso, un palo definitivo a las investigaciones internas que se desarrollen en nuestro ordenamiento. Un acercamiento intuitivo y no reposado a las mismas podrían implicar consecuencias nefastas. Sin embargo, una coherencia sistemática con la zanahoria legislativa vigente y una correcta ponderación de los intereses en juego deberían guiar a evaluar con otro prisma el quid de la cuestión.

7. Conclusiones

Parece una cuestión de hecho que poco a poco las investigaciones internas se asientan como una práctica en nuestra cultura jurídica, si bien aún les queda mucho por recorrer. Reparando en la repercusión que tienen o pretenden tener sobre un procedimiento penal, pueden diferenciarse dos tipos de instrucciones corporativas: aquellas con vocación *ad intra* y aquellas con vocación *ad extra*. Mientras que las primeras persiguen esclarecer al órgano de cumplimiento o al órgano de dirección de la persona jurídica qué ha ocurrido para así poder tomar las decisiones oportunas, la segunda procura dar a conocer a las autoridades lo esclarecido en su seno.

A pesar de no haber recibido atención legislativa expresa, las investigaciones internas son una consecuencia lógica y natural del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado en el CP. Las específicas previsiones articuladas por el legislador presuponen y premian la instauración de un sistema de instrucción corporativa para conocer de la comisión de delitos en su seno.

Por otro lado, existe una trípode jurisprudencial del Tribunal Supremo que, de manera indirecta, se pronuncian sobre determinados elementos esenciales de esta articulación

[74] Así lo opina también PRIETO GONZÁLEZ, como expone en «Las investigaciones internas: el *attorney privilege* y el *work product privilege*», en VV.AA., *Defensa corporativa y compliance*, 2019, p. 254. Le agradezco a la autora que, después de nuestros coloquios sobre el alcance y potencial repercusión de las resoluciones del BVerfG, compartiera conmigo la obra citada, incluso antes de que fuera publicada, para la elaboración de este artículo.

indagatoria. Aunque a primera vista parecería que las investigaciones internas podían haber sido puestas en peligro incluso antes de haberse asentado en nuestra cultura jurídica, en una lectura sosegada y transversal se concluye que estas no han sido tachadas jurisprudencialmente. El Tribunal Supremo no ha limitado el alcance de las investigaciones internas, aunque sí que puede haber matizado indirectamente cuál es su cabida en el procedimiento penal.

Es decir, habría apuntalado indirectamente el alcance de las investigaciones *ad extra*, sin que su virtualidad se haya visto afectada. Para que estas sigan siendo efectivas y valoradas en el seno de un procedimiento penal, bastará con que las evidencias (fuentes de prueba) obtenidas en el curso de la investigación hayan sido recopiladas con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a ellas, así como que sean incorporadas al mismo a través de los oportunos medios de prueba. Mientras que el incumplimiento de la primera condición podría devenir en problemas de nulidad del artículo 11 LOPJ, la segunda, directamente, impide que pueda ser tomada en consideración. A la vista queda que ninguna es insalvable ni impide que las investigaciones internas se vean afectadas en su idiosincrasia.

Sin embargo, existen precedentes en el Derecho comparado –de notable significación por su influencia en nuestro ordenamiento– que, si se toman de referencia, podrían revertir el parecer de nuestro Tribunal Supremo. Tres resoluciones dictadas por el BVerfG con ocasión del caso *Dieselgate* ponen en tela de juicio la cobertura que el secreto profesional ofrece a las investigaciones internas y a lo que se recopila o elabora en su seno. De atenderse estas en el futuro por nuestros operadores jurídicos podríamos vislumbrar un palo definitivo a las investigaciones internas.

Con todo, empleando otros términos, el legislador español ha sacado una zanahoria para desarrollar investigaciones internas, la cual está siendo perseguida por la FGE y nuestro sector empresarial. Por su parte el Tribunal Supremo, tal vez sin ser consciente de ello, «ha sacado un palo» que no ha llegado a golpearlas, pero sí a moldearlas. El palo definitivo vendrá, en su caso, si se acogen las posturas de nuestro referente germánico. No obstante, huir de automatismos aplicativos y proteger a las investigaciones internas deberían ser el punto de partida para determinar su alcance, extensión, principios, garantías, virtualidad probatoria, etc. Al menos si se quiere salvaguardar alguna coherencia sistemática con la zanahoria legislativa vigente.

8. Bibliografía

AGUSTINA/VARGAS (2019), «Investigaciones internas y privacidad en el correo electrónico corporativo: sobre la necesidad de autorización judicial previa para acceder a los correos electrónicos de la empresa», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, pp. 47 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2013), «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley*, (8053).

——— (2016), «Investigaciones internas», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

ARTAZA VARELA (2014), «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 231 ss.

BACIGALUPO SAGGESE (2011), «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley,* (7541).

BACIGALUPO ZAPATER (2010), «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance* (A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009)», *Diario la Ley,* (7441).

——— (2012), *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Buenos Aires, Hammurabi.

——— (2013), «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», *Diario La Ley*, (8031).

BANACLOCHE PALAO (2018), «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Madrid, pp. 13 ss.

BAUCUS (1994), «Pressure, Opportunity and Predisposition: A Multivariate Model of Corporate Illegality», *Journal of Management*, (20-4), pp. 699 ss.

BLUMENBERG/GARCÍA-MORENO (2014), «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y* Compliance. *Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 273 ss.

BÖSE (2011), «Corporate Criminal Liability», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability in Germany: Emergence, Convergence and Risk (Ius Gentum: Comparative Perspectives on Law and Justice)*, Springer, New York, pp. 227 ss.

CABEZUELA SANCHO (2014), «Medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la reforma en curso del Código Penal», *Diario la Ley*, (8274).

COHEN/FELSON (1979), «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», *American Sociological Review*, (44-4), pp. 588 ss.

COLEMAN (1987), «Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime», *American Journal of Sociology*, (93-2), pp. 406 ss.

COLOMER HERNÁNDEZ (2017), «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley*, (9080).

DEL ROSAL BLASCO (2016), «El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (*compliance programs*)», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 533 ss.

——— (2018), «Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa», *Diario La Ley,* (9180).

DÍAZ ALDAO/HERNÁNDEZ PÉREZ (2019), «Las investigaciones internas del modelo de prevención penal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, pp. 989 ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2010), «Responsabilidad de personas jurídicas», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Memento, (Reforma Penal 2010)*, Francis Lefebvre, Madrid.

——— (2013), «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATER/NIERO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 165 ss.

——— (2018), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, pp. 129 ss.

ESTRADA I CUADRAS/LLOBET ANGLÍ (2013), «Derecho de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*. *Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 197 ss.

FARALDO-CABANA (2015), «Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento experto. Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

FINNEY/LESIEUR (1982), «A Contingency Theory of Organizational Crime», en BACHARACH (ed.), *Research in the Sociology of Organizations: A Research Annual*, v. 1, pp. 255 ss.

FIRST (2010), «Branch Office of the Prosecutor: the New Role of the Corporation in Business Crime Prosecution», *North Caroline Law Review*, (89), pp. 23 ss.

GALLEGO SOLER (2014), «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y* Compliance. *Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 195 ss.

GÓMEZ MARTÍN (2014), «*Compliance* y derechos de los trabajadores», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 421 ss.

GOENA VIVES (2013), «La atenuante de colaboración», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 229 ss.

———— (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2005), *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid.

———— (2009), «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración de con la Administración de justicia», en ECHANO BASALDÚA (dir.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales de José María Lidón, (6), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 221 ss.

———— (2011), «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO/GÓMEZ-JARA DÍEZ/ZARZALEJOS NIETO (eds.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, pp. 25 ss.

HERNÁNDEZ GARCÍA (2010), «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, (7427).

LASCURAÍN SÁNCHEZ (1995), «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en VV.AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 209 ss.

———— (2015), «La delegación como fuente de deberes penales: la responsabilidad por omisión de delegante y delegado», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 166 ss.

LOMAS/KRAMER (2013), *Corporate Internal Investigations. An International Guide*, 2ª ed., Oxford University Express, Reino Unido.

LOUIS/WASSMER (2006), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania», *Revista Penal-Sistemas Penales Comparados*, (17), pp. 203 ss.

LUHMANN (1990), *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Buenos Aires.

MARINUCCI (2008), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en VV.AA., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. I, Edisofer, Madrid, pp. 1173 ss.

MASCHMANN (2013), «*Compliance* y derecho del trabajador», en KUHLEN et al. (eds.), Compliance *y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 147 ss.

MCKENDALL/DEMARR/JONES-RIKKERS (2002), «Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines», *Journal of Business Ethics*, (37-4), pp. 367 ss.

MONTIEL (2013), «Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en KUHLEN et al. (eds.), Compliance *y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 221 ss.

———— (2014), «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Re*sponsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 517 ss.

MOOSMAYER (2013), «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de* compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 137 ss.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2013), «Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de* compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211 ss.

NEIRA PENA (2015), «Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (37), pp. 49 ss.

NIETO MARTÍN (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.

———— (2013), «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario la Ley*, (8120).

———— (2013), «Introducción», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 11 ss.

———— (2013), «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21 ss.

———— (2015), «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2013), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, pp. 461 ss.

———— (2015) «*Too much of a good thing?* Marcus Felson, la teoría de las actividades cotidianas y la delincuencia de cuello blanco», en VV.AA., *Crimen, oportunidad y vida diaria: Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, Madrid, pp. 493 ss.

OUBIÑA BARBOLLA (2015), «Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas», en MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 339 ss.

PEÑARANDA RAMOS (2006), «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, pp. 411 ss.

PRIETO GONZÁLEZ (2016), «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, pp. 1101 ss.

———— (2019) «Las investigaciones internas: el *attorney privilege* y el *work product privilege*», en VV.AA., *Defensa corporativa y compliance*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.

PRIETO GONZÁLEZ/AYALA GONZÁLEZ (2017), «Derecho comparado», en JUANES PECES, *Memento Experto* Compliance *Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

RAGUÉS I VALLÈS (2013), *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS (2013), «El responsable de cumplimiento («*compliance officer*») ante el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 319 ss.

SAHAN (2013), «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 245 ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Sección 1)», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

SIEBER (2011), «Programas de *Compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad de empresas» (trad. ABANTO VÁSQUEZ), en URQUIZO OLAECHEA/ABANTO VÁSQUEZ/SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, pp. 63 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2013), «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 79 ss.

———— (2016), «La eximente de "modelos de prevención de delitos". Fundamento y bases para una dogmática», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 669 ss.

TEUBNER (1983), «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, (17-2), pp. 239 ss.

———— (1984), «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *Law & Society Review*, (18-2), pp. 291 ss.

InDret

2.2020

Federico Montero
Universidad Pompeu Fabra
-

La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva

Sumario

-

Muchos ordenamientos jurídicos de tradición continental prevén tipos penales relacionados con el sistema de recaudación de los tributos. Muchos de ellos también -y España no es la excepción- han introducido una figura excepcional relacionada con esta clase de delitos: la denominada "cláusula de regularización tributaria". Se trata de un instituto que permite evitar las consecuencias jurídico-penales derivadas de la comisión de delitos tributarios. En el presente artículo, tras una consideración crítica del estado de la cuestión relativa al fundamento y la naturaleza jurídica del instituto, se formula una propuesta de interpretación alternativa. Para ello, se toma como punto de partida una teoría de la justificación de la pena en clave retributivo-comunicativa y se concibe a la regularización tributaria como un comportamiento materialmente distinto pero funcionalmente equivalente al deber de tolerar la acción punitiva. Bajo este paradigma, según creo, no solo se proporciona una base sólida para la interpretación de cada uno de los elementos del instituto, sino que también se logra una explicación sistemáticamente coherente de su consecuencia jurídica: la completa inhibición del derecho estatal a la punición del autor de la defraudación.

Abstract

-

Many continental legal systems criminalized tax evasion criminal offences. Many of them, Spain included, have also established an exceptional figure related to this offence: the so-called "tax regularization clause". This institute allows the perpetrator to avoid the criminal consequences from the tax evasion. After a critical consideration of the theories regarding the foundation and nature of the institute, the article formulates an alternative interpretation of the "tax regularization clause". In order to do so, the article assume a retributive-communicative theory of punishment and define the "tax regularization clause" as an act from the perpetrator that is factually different but functionally equivalent to the duty to bear the punishment. This perspective, I believe, not only provide a solid basis for the interpretation of the institute's elements, but also achieves a systematically coherent explanation of its legal consequence: the complete inhibition of the State's right to punish the perpetrator.

Abstract

-

Viele Rechtsordnungen strafen die Steuerhinterziehung. Viele von ihnen, darunter auch Spanien, haben auch eine Ausnahmefigur im Zusammenhang mit dieser Art von Kriminalität geschaffen: Die so genannte „straflose Selbstanzeige". Dieses Institut ermöglicht es dem Täter, die aus der Begehung von Steuerdelikten resultierenden strafrechtlichen Folgen, zu vermeiden. Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit den Theorien über die Ratio und die Einordnung des Instituts, formuliert der Artikel eine alternative Auffassung der „Selbstanzeige". Dazu geht der Artikel von einer vergeltenden kommunikativen Straftheorie aus und definiert die „Selbstanzeige" als einen funktional Äquivalent der Strafe. Die Selbstanzeige ist hier ein Verhalten, der faktisch anders, aber funktional Äquivalent mit der Pflicht des strafenden Handelns zu dulden. Unter dieses Paradigma kann man nicht nur eine Grundlage für die Interpretation der einzelnen Merkmale des Instituts schaffen, sondern auch eine systematische kohärente Erklärung seiner Rechtsfolgen liefert: Die

InDret

2.2020

Recepción
20/11/19
-
Aceptación
06/02/20
-

Selbstanzeige verhindert das Recht des Staates, den Täter des Steuerhinterziehung zu bestrafen.

Title: *The tax regularization clause as functional equivalent of the retributive punishment.*
Titel: *Die straflose Selbstanzeige als funktional Äquivalent der Vergeltungsstrafe.*
-

Palabras clave: *regularización tributaria, equivalente funcional, retribución, teoría de la pena, comportamiento posterior al hecho, desistimiento de la tentativa.*
Keywords: *tax regularization clause, functional equivalent, retributivism, theory of punishment, abandonment of attempt.*
Stichwörter: *straflose Selbstanzeige, funktional Äquivalent, Vergeltung, Straftheorie, Nachtatverhalten, Rücktritt vom Versuch.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.09

-

Índice

-

1. Introducción
2. El contenido estructural de la regularización tributaria en el ordenamiento jurídico-penal español (breve esbozo)
3. La discusión doctrinal en relación al fundamento y la naturaleza jurídica de la regularización tributaria
3.1. La naturaleza jurídica de la regularización tributaria
3.2. El fundamento de la regularización tributaria
a. El fundamento político-fiscal
b. El fundamento jurídico-penal
c. El fundamento mixto
4. La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva
4.1. Ubicación dogmática
4.2. El fundamento jurídico-penal: la justificación de la pena retributiva
4.3. La equivalencia funcional entre deber de cooperación y deber de soportar la punición
4.4. La naturaleza de la regularización tributaria: un equivalente funcional de la pena retributiva
a. El carácter voluntario del comportamiento regularizador
b. El reconocimiento de la deuda
c. El pago
5. Conclusiones
6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

La inclusión de la regularización tributaria en el sistema penal supone un desafío teórico: es preciso asignarle un campo de aplicación racional al instituto. De lo contrario, dicha inserción se transformará en una quimera que terminará por destruir completamente la función prospectiva de la norma de comportamiento que se deriva del tipo penal de la defraudación tributaria.[1] Dado que toda regularización presupone una previa defraudación tributaria, esta tarea requiere, *en primer lugar*, adoptar una determinada visión sobre el delito en cuestión (pues de allí surgirá la «oportunidad normativa» para la realización de un comportamiento regularizador). De esto, sin embargo, no me ocupo en la presente contribución y, al respecto, solo se mencionan brevemente dos cuestiones.

> La primera tiene que ver con la orientación institucionalista –que asumo- de la defraudación tributaria. El injusto tributario consiste en lesionar un concreto deber (que es una expresión material del proto-deber ciudadano de cooperación al estado de libertades), cuyo cumplimiento está destinado al sostenimiento económico del sistema institucional del Estado y, en esa medida, posibilita la materialización de las pre-condiciones mínimas de libertad real.[2] Por eso, no resulta en absoluto sorprendente que Orce y Trovato lo definan como *«el deber institucional por antonomasia»*,[3] agregando que si bien se trata de un deber positivo, su amplitud o intensidad no se relaciona con dicho carácter positivo, sino con la *cercanía* entre las personas obligadas.[4] Cierto es que el carácter positivo o negativo del deber no prejuzga acerca de su intensidad normativa. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por los autores citados, entiendo que dicha intensidad tampoco puede juzgarse en función de la "cercanía" entre los agentes implicados. Tal como ha demostrado Coca Vila, la intensidad del deber no depende del carácter positivo o negativo ni del operador deóntico (mandato o prohibición) utilizado por la norma de comportamiento que lo impone; más bien, la intensidad de los deberes depende del grado de libertad ejercido por el obligado en la realización del acto al que puede reconducirse la imposición de la obligación.[5]

---

* Autor de contacto: Federico Montero, federico.montero@upf.edu. La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación "La transformación de los principios limitadores del *ius puniendi* en el moderno Derecho penal económico y de la empresa". Referencia: DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

[1] Este indeseado efecto político criminal fue advertido expresamente por la resolución ministerial italiana en el marco del Decreto Legislativo 74/2000, al afirmar que con ello se permitiría «monetizar» el riesgo de la responsabilidad penal. En el sistema jurídico argentino, la *«monetarización»* es evidente: dadas las particulares condiciones macro-económicas del Estado, la última reforma introducida por la Ley 27.430 parece sugerir que defraudar el fisco es un comportamiento, desde el punto de vista jurídico-penal, poco relevante y, desde el punto de vista económico, rentable.

[2] En los términos de Robles Planas, la legitimidad de la norma de comportamiento que prohíbe defraudar al Fisco derivaría de la capacidad lesiva que ese comportamiento presenta para con el concepto complejo de autonomía que dicho autor desarrolla (como potencial de acción jurídicamente garantizado); en concreto, para con el tercer grado: la *autonomía real* (para cuyo ejercicio es necesario un marco de condiciones institucionales); cfr. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 24 ss.

[3] Orce/Trovato, *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769,* 2008, p. 21.

[4] En su opinión, *«a pesar de lo fundamental de la existencia del Estado, una concepción liberal implica una separación de las vidas de los ciudadanos del Estado»*, por lo que «[el]l deber se restringe a soportar económicamente, pero no a constituir un "mundo en común"»; Orce/Trovato, *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769*, 2008, p. 22.

[5] Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución,* 2016, pp. 288 ss.

> Siguiendo este criterio, entra en escena la segunda cuestión: cabría preguntarse si toda defraudación tributaria debe considerarse siempre una infracción al deber de cooperación de idéntica intensidad o si, por el contrario y como creo, cabe hacer distinciones *en función del tributo* que ha sido defraudado. Esto último parece ser factible si se considera al delito de defraudación tributaria un delito especial,[6] pues el grado de autonomía que ejerce el ciudadano para convertirse en obligado tributario puede ser considerablemente diferente en cada caso. Con ello, se abre la puerta a la posibilidad de restringir el campo de aplicación de la regularización tributaria a ciertas defraudaciones específicas.[7]

Al margen de la orientación institucional respecto del delito de defraudación tributaria y de sus consecuencias indirectas para la regularización,[8] el conceder un campo de aplicación racional al instituto requiere también, *en segundo lugar,* analizar el contenido, la naturaleza jurídica y el fundamento de este instituto.

2. El contenido estructural de la regularización tributaria en el ordenamiento jurídico-penal español (breve esbozo)

Luego de haber tipificado penalmente la defraudación tributaria, muchos ordenamientos introdujeron este singular instituto que, bajo ciertas condiciones, permite al agente evitar las sanciones punitivas.[9] Desde la reforma del año 2012, el art. 305.1 CP establece que

---

[6] También si se lo considera un delito de posición, en la línea sostenida por ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices,* 2006, pp. 129 ss.

[7] Lógicamente, esto no puede ser afrontado aquí; solo se deja delineada brevemente la idea: si no todos los deberes tributarios son idénticos, pues poseen una intensidad diversa en función del grado de autonomía ejercido para ingresar en la posición o rol sobre el cual esos deberes se imponen, entonces sus infracciones también deberían ser catalogadas como de gravedad distinta. Ya no se trata solo de una distinción cuantitativa, sino también cualitativa. Dicho con un ejemplo: quien defrauda los tributos impuestos al consumo, defrauda un tributo impuesto a un rol en el cual se ingresa en función de un acto de competencia mínima (la inmensa mayoría de los obligados tributarios realizan actos de consumo para el desarrollo de su actividad). Por el contrario, quien ha defraudado los tributos derivados de la adquisición de bienes muebles de lujo o de la venta de derechos de imagen, ha ingresado en el rol de obligado tributario mediante un acto de autonomía mucho más intenso.

[8] En la evaluación anónima de este trabajo, se me objetó una cierta carencia argumental: debe explicarse por qué no existen equivalentes funcionales para otros delitos de fraude «patrimonialmente lesivos». Según creo, la respuesta a esta cuestión pasa por advertir que, en primer lugar, la defraudación tributaria no constituye (conforme a la posición institucionalista que sostengo) un delito "patrimonialmente lesivo". En segundo lugar, entiendo que las razones que explican la limitación de la regularización para el tipo de defraudación tributaria (y el relativo a la seguridad social), pueden encontrarse en las particularidades que dicho injusto presenta. Dicho de otro modo: la regularización es un instituto *interno a la defraudación tributaria*. Lo particular no es la regularización en sí, sino en el injusto culpable de defraudación tributaria. Dicha particularidad radica en que las conductas prohibidas por el tipo penal en cuestión solo atentan de forma indirecta contra la autonomía del ciudadano, pues degradan las condiciones institucionales necesarias para su ejercicio (véase nota 2). Esto genera que dicha norma de comportamiento posea una legitimidad retributivamente precaria que debe compensarse con una punibilidad condicionada. Sin embargo, como se adelantó en el texto, no puedo ocuparme aquí de esta cuestión.

[9] La singularidad del instituto se refleja en el profuso debate doctrinal y jurisprudencial existente en torno a su naturaleza jurídica y fundamento. Con la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2012, el legislador intentó –como veremos, sin éxito- poner fin a esa discusión, y aprovechó la oportunidad para introducir algunos cambios en el texto legal que aplacaran ciertas discusiones dogmáticas en torno a los *requisitos estructurales* que el instituto exige.

> «*El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal* [...] *eludiendo el pago de tributos [...], siempre que la cuantía de la cuota defraudada [...] exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía,* ***salvo que hubiere regularizado*** *su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo*».

El apartado 4 de ese mismo artículo, expresa:

> *«Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido* ***por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que*** *[...]* ***se le haya notificado*** *el inicio de actuaciones de comprobación o investigación [...] o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieren producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración interponga querella o denuncia [...], o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».*

A partir de la reforma, entonces, los elementos centrales de la regularización son:

a) La realización de un determinado comportamiento, a saber, el *completo reconocimiento y pago* de la deuda tributaria,
b) Por parte de un agente en particular -el *obligado tributario*-,
c) De forma *voluntaria.*

La reforma introdujo dos modificaciones de relevancia. Dado que el texto legal anterior no lo requería,[10] un sector minoritario de la doctrina se pronunciaba a favor de considerar regularizada la situación fiscal sin necesidad de exigir que el obligado tributario realizara pago alguno (ni siquiera parcial).[11] Con la reforma, el legislador zanjó definitivamente la discusión a favor de doctrina mayoritaria: la regularización tributaria solo procede cuando el propio obligado tributario, de forma espontánea, *reconoce y paga*.[12] En segundo lugar, el legislador establece como objeto de referencia de la regularización a la *«deuda tributaria»* (art. 58 LGT española) -no solo de la *«cuota defraudada»* (art. 56 LGT española)-,[13] por lo que se requiere, al obligado que regulariza, el abono de una suma distinta a la defraudada, más amplia, que debe incluir también los intereses de demora y los recargos pertinentes.

---

[10] El art. 305.4 establecía que *«Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria [...] antes de que se le haya notificado [...] la iniciación de actuaciones [...]»,* pero no definía cuándo se consideraba regularizada la situación fiscal.

[11] Según este sector, dicha exigencia no resultaba fundamentada ni como mecanismo de compensación del desvalor de acción ni como mecanismo reparador del desvalor de resultado de la defraudación; cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 93 ss., con ulteriores referencias.

[12] La modificación introducida, al menos en este punto, sitúa el texto español en relación de concordancia con lo exigido por otros ordenamientos (p. ej., con la *strafbefreiende Selbstanzeige* del § 371 AO alemán) y resulta acorde a lo que ya venía sosteniendo la jurisprudencia y doctrina española mayoritaria (véase SSTS 539/03, 636/2003, 192/2006, 611/2009 y 340/2012). Al respecto, la Circular 2/2009 FGE jugó un papel trascendental, pues reforzó sustancialmente el criterio jurisprudencial. En esta posición se sostenía que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo, no basta con que, a través de la declaración complementaria, el sujeto declare correctamente; es imprescindible que pague la deuda tributaria.

[13] El preámbulo de la LO 7/2012 deja sentado que se pretende neutralizar el desvalor de resultado *«mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente».*

El legislador mantuvo, sin cambios, el carácter voluntario del comportamiento regularizador. Al respecto, el art. 305.4 CP establece tres actuaciones del Estado que tienen capacidad para "bloquear" los efectos eximentes de la regularización –debido a la ausencia de voluntariedad-. Las así denominadas *causas de bloqueo* pueden dividirse, a grandes rasgos, en dos grupos: 1) Aquella que tiene lugar en sede Administrativa, a saber, la notificación del inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas objeto de regularización; 2) Aquellas que tienen lugar en sede judicial, como la interposición de querella o denuncia y la realización de actuaciones que permitan al obligado adquirir conocimiento formal sobre la existencia de diligencias judiciales. Según la doctrina dominante, la apreciación de los parámetros fijados por el legislador debe hacerse, mediante un *criterio estrictamente formal*: para considerar 'voluntaria' la regularización, no interesa el conocimiento material que el sujeto tenga respecto de la existencia de las actuaciones; y a la inversa: la voluntariedad queda eliminada automáticamente cuando dichas causas de bloqueo le hayan sido formalmente notificadas al sujeto. Sobre el carácter voluntario de la regularización volveremos al final del trabajo.[14] A continuación y en un breve esbozo, analizaremos el estado de la cuestión doctrinal sobre la naturaleza jurídica y el fundamento que los distintos autores asignan a la regularización tributaria.

3. La discusión doctrinal en relación a la naturaleza jurídica y el fundamento de la regularización tributaria

3.1. La naturaleza jurídica

La reforma introducida por la LO 7/2012 reavivó el debate sobre la naturaleza jurídica y ubicación sistemática de la regularización tributaria. Al respecto, las posiciones doctrinales podrían clasificarse en dos grandes grupos: por un lado, quienes sostienen que la regularización impide apreciar la existencia de un delito; por otro, quienes ven en la regularización un comportamiento post-delictivo. Dentro de las primeras, hay quienes entienden que la regularización constituye un elemento negativo del tipo (a), mientras que otros afirman que se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad sobrevenida (b). Dentro de las segundas, hay quienes ven en la regularización tributaria una causa de extinción de la responsabilidad penal (c) y, finalmente, quienes afirman que se trata de una causa de supresión o levantamiento de la pena (d).

a. La regularización como elemento negativo del tipo de defraudación tributaria

Parte de la doctrina española entiende que la naturaleza del instituto se corresponde con el desistimiento de la tentativa y que, al igual que este, su ubicación sistemática es la de un elemento negativo del tipo de defraudación tributaria.[15] Desde el punto de vista dogmático,[16]

---

[14] Véase *infra*, punto 4.4.a)

[15] Todavía minoritaria, en la que destacan, entre otros, MUÑOZ CUESTA, «La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012», *Revista Aranzadi, Doctrinal*, (11), 2013, pp. 37 ss.; ÁLVAREZ MORENO, «Los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Tribuna Social,* (67), 1996, pp. 38 ss. Para mayores referencias, véase BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, 2016, Cap. II, pp. 107 ss.

[16] Además del argumento dogmático, se esgrime también un argumento de "Derecho positivo": el Anteproyecto de Ley de reforma pretendía expresamente transformar la regularización en un elemento negativo del tipo legal de defraudación tributaria. En efecto, según la exposición de motivos del

estos autores entienden que, al regularizar, el obligado tributario estaría actuando *antes de la consumación* del delito, en una especie de desistimiento voluntario de la tentativa de defraudación que eliminaría la tipicidad de la conducta globalmente considerada. En este esquema, como es evidente, resulta necesario modificar la interpretación dominante acerca de la consumación del delito de defraudación tributaria (que ya no tendrá lugar con la presentación de la declaración engañosa, tampoco con el cumplimiento del plazo del período voluntario para el ingreso, y ni siquiera con el abono de la cantidad aparentemente debida).[17] La consumación del tipo requiere aquí la *no regularización,* de modo que esta solo se produciría cuando tienen lugar los actos estatales que *«bloquean»* la posibilidad de regularizar.[18]

La tesis de que la regularización es un elemento negativo del tipo -de defraudación tributaria- presenta problemas dogmáticos reiteradamente señalados en la doctrina. Entre otros, se han referido problemas en relación al cómputo del plazo de prescripción del delito de defraudación tributaria, pues de esta manera se mantiene la situación en un largo período de incertidumbre. También trae consecuencias problemáticas en materia de error y presenta cierta incompatibilidad con el actual texto del preámbulo de la norma legal, que afirma que el objeto

---

Anteproyecto, «[u]*na primera modificación* [...] *es* [...] *que la regularización de la situación tributaria pase a ser un elemento del tipo delictivo en lugar de una excusa absolutoria* [...]». Por esa razón, en su primera redacción, el art. 305.1 del Anteproyecto decía: *«el que... defraude a la Hacienda Pública...* ***y no hubiere regularizado****, será castigado con una pena de prisión...».* Esta pretensión, sin embargo, fue abandonada (entre otras cosas) porque los fundamentos que se mencionaban para introducirla desaparecieron. Uno de esos fundamentos radicaba en que la Administración, de esa forma, podría apreciar si se había cometido el delito o no, *«evitando denuncias innecesarias por delito contra la Hacienda Pública».* Esto perdió toda relevancia puesto que se modificó el art. 180.2 de la LGT, permitiendo a la Administración continuar con el procedimiento sin necesidad de pasar tanto de culpa a la autoridad judicial. Véase FERRÉ OLIVÉ, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social,* 2018, § 257, pp. 301 ss. El otro argumento tiene que ver con la existencia del delito precedente en el (auto)blanqueo de capitales: dado que la reforma del tipo coincidió con la sanción de la Ley de Amnistía Fiscal, el legislador temía que quienes estuvieran en condiciones de acogerse a esa amnistía, no lo hicieran en función del riesgo de ser perseguidos por un delito de blanqueo. Este último argumento, si bien puede ser cierto en relación con la motivación del legislador, puede ser desvirtuado: que la regularización no elimine el carácter de injusto culpable de la defraudación previa, no autoriza a concluir (automáticamente) la existencia de un delito precedente para el auto-blanqueo. Al respecto, véase DEMETRIO CRESPO, «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», *RGDP,* (26), 2016.

[17] La doctrina mayoritaria distingue los momentos consumativos según se trate de elusión de pago, obtención indebida de devoluciones o disfrute indebido de beneficios fiscales. En relación a lo primero y en caso de tributos de autoliquidación por parte del obligado (p. ej., IRPF), la consumación se produce al momento de presentar la declaración mendaz o al finalizar el plazo del período voluntario de ingreso; en caso de tributos con acto administrativo de liquidación, la consumación se produciría cuando el sujeto abona la cantidad que, conforme a la declaración mendaz previamente presentada, aparentemente debía. En relación a lo segundo, parece ser mayoritaria la doctrina que exige una efectiva liquidación de la cantidad solicitada por el obligado. Por último, en caso de disfrute indebido de beneficios fiscales, la doctrina distingue: en caso de tributo autoliquidado, la consumación tendrá lugar al vencimiento del periodo impositivo. En caso de tributo con acto administrativo de liquidación, la doctrina discute si la consumación se produce ya en el momento en que se dicta la resolución que concede el beneficio o, por el contrario, se retrasa hasta el efectivo disfrute del mismo. Al respecto, véase MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial,* 6ª ed., 2019, pp. 686 ss.

[18] MARTÍNEZ HORNERO, «Delito fiscal y regularización tributaria», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, (170), 1997, pp. 3 ss. En el mismo sentido, MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi,* (11), 2013, p. 44. Sin embargo, este autor reconoce el carácter «*extremadamente extraño*» de esta situación.

de referencia de la regularización es una *«defraudación consumada»*.[19] Por último, concebir a la regularización como un elemento negativo del tipo, suscita algunos inconvenientes para la interpretación del delito de defraudación tributaria, pues transforma su estructura dogmática. La defraudación tributaria se convierte en una especie de omisión de garante por injerencia derivada de un acto atípico. Dicho de otro modo, si la regularización es un elemento negativo del tipo, entonces el delito ya no consiste en *defraudar*, sino en *no regularizar lo defraudado*. En esta estructura, entiendo, se hace difícil explicar por qué el objeto de la regularización es distinto al objeto de la defraudación. En efecto, la conducta de defraudación tiene por objeto la *cuota tributaria,* mientras que la conducta que infringe el posterior mandato (la no regularización) tiene por objeto algo distinto: la *deuda tributaria.* Si ambos comportamientos fueran elementos del tipo delictivo, deberían tener el mismo objeto de referencia, cuando no es así. En breve: si no se afirma la tipicidad de la defraudación por sí misma, es difícil explicar por qué cambia el objeto de referencia del deber exigido al ciudadano.

Algunos de esos problemas han recibido una propuesta de solución, sugerida por el sector doctrinal que distingue entre *consumación provisional* y *consumación definitiva* del delito. Esta línea, sostenida por MUÑOZ CUESTA, afirma que el acto de defraudación constituye un *«delito en estado latente»* (consumado solo provisionalmente), cuya consumación definitiva queda suspendida hasta que decae la posibilidad de regularizar. Parece ser también la postura defendida recientemente por LANDERA LURI, quien concibe a la regularización como una *«acción contratípica… como un desistimiento en la fase de injusto post-típico».*[20] Desde una perspectiva algo diferente, también COCA VILA otorga a la regularización «*fuerza excluyente del injusto»*[21] aparente de defraudación.

> Existirían aquí –al menos para el tipo penal de defraudación tributaria- dos consumaciones distintas: una consumación provisional (que se produce con la presentación de la declaración mendaz o vencimiento del plazo) que debe tenerse en cuenta a los efectos de la prescripción y apertura de la oportunidad para el desistimiento mediante regularización; y otra consumación definitiva (a partir de la actividad estatal –*causas de bloqueo*-) que da lugar al *verdadero injusto del hecho punible,* frente al cual cabe reaccionar con pena. En esta línea, se habla de la existencia de un

[19] Sobre el particular, puede consultarse el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial. Véase también, ALONSO GALLO, «El delito fiscal tras la ley orgánica 7/2012», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), 2013, pp. 15 ss.; BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016; SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 157 ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 2018, p. 302.

[20] Para la autora, se puede hablar aquí de un «menor injusto global, dada la contraposición de la acción de Regularización a la acción defraudatoria típica inicial», LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas,* 2018, pp. 107 y 188. Como puede advertirse, no se trata de un elemento negativo del tipo, sino de una especie de desistimiento pos-consumativo. Sin embargo, no señala qué dimensión o categoría del injusto afectaría ese desistimiento ni qué relación guarda para con la consumación del tipo de defraudación. En este sentido, también DE LA MATA BARRANCO, «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones viejas y nuevas, todavía controvertidas», *Revista General de Derecho Penal,* (26), 2016, la define en p. 31 como «una especie de causa de atipicidad sobrevenida».

[21] COCA VILA, «Tema 17», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico,* 2020, p. 595.

injusto provisionalmente consumado y *todavía desistible* mediante regularización tributaria, y otro injusto definitivamente consumado, *ya no desistible*.[22]

La propuesta es interesante. Sin embargo, para su viabilidad, es necesario resolver algunos problemas en relación a las consecuencias dogmáticas que se asignan a estos dos conceptos de injusto. Se afirma que *«la libre regularización [...] supone un acto plenamente idóneo para compensar el cuestionamiento previo de la obligación de contribuir en el mantenimiento de la institución, haciendo desaparecer un* ***injusto aparente*** *y, con ello, el merecimiento de pena»*.[23] La pregunta que surge es, por tanto, si tal injusto es *verdaderamente aparente*, pues parece constituir un cuestionamiento de la obligación de contribuir en el mantenimiento de la institución (¡incluso genera merecimiento de pena!) que necesita ser *compensado* mediante la regularización. Por el contrario, pareciera que tal injusto provisionalmente consumado, *todavía desistible* mediante regularización tributaria, es el injusto relevante a todos los fines dogmáticos: a partir de aquí se cuenta el plazo de prescripción, se puede participar, se habilitarían acciones justificadas, etc.

Esta escisión, creo, puede comprar más problemas que soluciones. En primer lugar, podría preguntarse: ¿qué sentido tiene escindir dos conceptos de injusto si todas las consecuencias dogmáticas se vinculan al primero de ellos? El segundo concepto de injusto es, más bien, lo que tradicionalmente conocemos como *hecho punible.* Por eso, la regularización tributaria ya no consiste aquí en un verdadero desistimiento de la tentativa; sino en una especie de elemento negativo del injusto en *sentido global* que impide la *consumación definitiva*, bloqueando la posibilidad de reaccionar con pena. En segundo término, parece obligado distinguir entre un desistimiento de la tentativa de defraudación y otro desistimiento por regularización tributaria que impide su consumación definitiva, lo que produce ciertas contradicciones valorativas.[24] Para explicar la no-imposición de pena, no hace falta crear dos conceptos de injusto, subdividir la consumación y generar dos clases de desistimiento; basta con asignarle a la regularización una naturaleza distinta. Por último, todavía puede formularse una pregunta adicional: dado que la consumación definitiva se produce con las causas de bloqueo, una defraudación nunca descubierta por el Estado ¿será siempre un *injusto aparente o provisional*? Sin la intervención del Estado, parece que el injusto queda en estado latente para siempre y su consumación definitiva nunca tendrá lugar.

Los problemas brevemente reseñados, podrían explicar el hecho de que la versión definitiva del Proyecto acuñara una formulación diferente. Si bien se mantuvo a la regularización dentro del texto del art. 305.1 CP, se modificó sustancialmente su ubicación: en lugar de incluirlo como elemento del supuesto de hecho, lo convirtió en una excepción a la aplicación de la consecuencia jurídica. Así, mientras el Anteproyecto expresaba que: *«el que* [...] *defraude a la Hacienda Pública* [...] ***y no hubiere regularizado****, será castigado con una pena de prisión* [...]*»*), la redacción definitiva expresa: *«el que* [...] *defraudare* [...] *será castigado con una pena de prisión* [...] ***salvo que hubiere regularizado*** [...]».

---

[22] Pastor Muñoz/Coca Vila han aplicado esta distinción al delito de administración desleal; véase «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013», *InDret*, (1), 2015.

[23] Coca Vila, «Tema 17», en Silva Sánchez (dir.)/Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico,* 2020, p. 595. El destacado es propio.

[24] Para los problemas que esto genera, véase *infra* 3.2.b).

b. La regularización tributaria como causa –sobrevenida- de exclusión de la antijuridicidad

Un sector visiblemente minoritario de la doctrina española -entre los que destacan ALONSO GALLO y QUERALT JIMÉNEZ-[25] afirma que el espíritu del legislador favorece la consideración de la regularización tributaria como una causa de exclusión de la antijuridicidad (una especie de causa de justificación sobrevenida).[26] Según el primero de los autores citados: *«cuando, después de realizarse la defraudación consumada, i. e., la conducta típica, se produce la regularización [...], el hecho típico resulta justificado, al estar amparado por una norma (la del art. 305.4 CP) que excepcionalmente permite su realización»*.[27]

Entender la defraudación regularizada como un hecho permitido resulta, desde mi punto de vista, altamente problemático. Si se trata del ejercicio legítimo de un derecho, en la línea de la objeción apuntada por BACIGALUPO,[28] creo que estamos ante una institución *«lógicamente imposible»*, pues el comportamiento autorizado por una causa de justificación no puede depender de la realización previa de una acción típica por parte del mismo sujeto. Quien lleva a cabo una acción típica dolosa, resultará gravado con deberes -en virtud de injerencia- y no beneficiado con permisos de actuación. Además, quienes sostienen la tesis de la causa de justificación sobrevenida, no logran explicar cabalmente las razones por las que un comportamiento posterior a la consumación -de un acto típico y antijurídico- puede eliminar ese carácter antijurídico. El intento de ALONSO GALLO, quien fundamenta su posición recurriendo a una distinción entre antijuridicidad formal y material (paralela a la anterior distinción entre consumación provisional y definitiva), no resulta del todo convincente.[29] En términos dogmáticos, esto equivale a afirmar que un tipo consumado puede ser *formalmente antijurídico*, pero que su *antijuridicidad material* se concreta solo cuando se cierra la posibilidad de regularizar. Esto significa: la defraudación tributaria solo se vuelve materialmente lesiva a partir del momento en que el Estado comienza con las actuaciones tendientes al descubrimiento de la misma.

Frente a ello, puede replantearse la cuestión anterior: una defraudación que el Estado pasa por alto... ¿nunca será materialmente antijurídica? El esquema planteado por ALONSO GALLO, dado que considera la regla del art. 305.4 CP como una verdadera norma permisiva, plantea una dificultad adicional.[30] En efecto, no queda claro -y debería discutirse- cuál es la situación de conflicto que viene a solucionar la norma permisiva y qué consecuencias dogmáticas genera su solución en el ámbito de la justificación penal. Respecto de lo primero, parece difícil afirmar que el comportamiento defraudatorio precedente, plenamente imputable al obligado tributario, pueda dar lugar a una situación de conflicto solucionable en el ámbito de la justificación penal.

---

[25] QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 3ª ed., 1995, pp. 638 ss.; EL MISMO, «Comentarios a la reforma penal del fraude fiscal (LO 6/1995, 29 de junio)», *Economist & Jurist,* (16), 1995, pp. 61 ss.

[26] Pareciera que el objetivo declarado del legislador español, según la exposición de motivos, es que la regularización de la situación tributaria haga *«desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación»*. Sucede que, como se pone de relieve en este trabajo y desde el punto de vista dogmático, cómo es que esa *desaparición* puede tener lugar, es un misterio.

[27] ALONSO GALLO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), 2013, p. 19.

[28] BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007», *Diario La Ley*, (8076), 2013, pp. 1 ss.

[29] Según el autor, *«desde la perspectiva no normativa, sino material, el hecho formalmente antijurídico* [...] *no es antijurídico materialmente, ya que la lesión provisional del bien jurídico protegido no ha llegado a materializarse»*; ALONSO GALLO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), 2013, p. 19.

[30] ALONSO GALLO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), 2013, p. 19.

Y esto porque, respecto de lo segundo, la concesión al autor de un verdadero derecho (o permiso fuerte, si se quiere) necesariamente generaría un deber de tolerancia correlativo en los terceros, aun cuando solo sea fundamentado en un mínimo de solidaridad intersubjetiva. Sin embargo, los deberes de tolerancia inspirados en solidaridad no pueden tener como antecedente una situación de estado de necesidad provocada en forma dolosa por el propio agente necesitado.[31] En todo caso, podría tratarse de una situación de necesidad que no genera deberes de tolerancia, pero entonces ya no estaríamos dentro del marco de la justificación, sino de la exculpación.[32]

c. La regularización tributaria como causa de extinción de la responsabilidad criminal

El art. 130.1 CP español enumera –taxativamente- los institutos que, si bien no afectan el injusto, extinguen la responsabilidad criminal por el mismo.[33] GÓMEZ LANZ considera a la regularización tributaria un caso -no previsto legalmente- de extinción de la responsabilidad penal.[34] En esta tesis, el comportamiento regularizador es algo que tiene lugar *después de la consumación* del delito y una vez que el sujeto ya ha incurrido en responsabilidad penal. La regularización no puede hacer desaparecer el injusto, sino únicamente sus efectos: el comportamiento posterior *«priva de efectos a la ilicitud preexistente…»* y, por tanto, lo que desaparece no es el delito sino *«…los efectos que la ley apareja a la comisión del ilícito penal (en particular su operatividad como presupuesto de la responsabilidad penal)».*[35]

Las objeciones esgrimidas a esta postura tienen que ver con el carácter general –es decir, aplicable a todos los delitos- y taxativo de las causas de extinción de la responsabilidad criminal previstas en el 130.1 CP, así como también su falta de conexión con la voluntad del autor.[36] Según esta última objeción, la única que a mi juicio tiene entidad decisiva, las causales de extinción de la responsabilidad criminal mencionadas nada tienen que ver con el carácter voluntario del comportamiento del autor del delito y, por tanto, la regularización tributaria no puede considerarse como un caso de extinción de la responsabilidad criminal. La objeción acierta pero, según creo, requiere ser explicitada en términos suficientemente precisos: el fundamento de la regularización tributaria –como veremos-[37] está en la realización, por parte del autor, de un *comportamiento voluntario* al que se le asigna un sentido comunicativo determinado, mientras que el fundamento de las causas de extinción de la responsabilidad

[31] Sobre el particular, WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad,* 2017, pp. 620 s.

[32] Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito,* 1998, pp. 221 ss.

[33] Se trata de supuestos que no eliminan la existencia ni dimensión alguna del delito. El delito subsiste, pero al sujeto no se le hace penalmente responsable por el mismo, ya sea porque faltan los presupuestos para la responsabilidad (en caso de muerte, prescripción del delito y de la pena), ya porque se considera que dicha responsabilidad se ha agotado (cumplimiento de condena o remisión de la pena) o porque el Estado decide, por diferentes motivos, no hacer uso de su facultad punitiva (indulto y perdón del ofendido). Por tanto, despliegan sus efectos sobre la consecuencia jurídica, es decir, sobre la imposición de la pena.

[34] GÓMEZ LANZ, «Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del art. 305 del Código Penal mediante LO 7/2012», *Revista de Derecho penal y Criminología,* extraordinario (1), 2013, pp. 53 ss.

[35] GÓMEZ LANZ, *Revista de Derecho penal y Criminología,* extraordinario (1), 2013, p. 72.

[36] Sobre esta posición y sus objeciones, ampliamente BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, 2016, pp. 141 ss.

[37] Véase *infra,* punto 3.2.

radica en la imposibilidad de ejercer el poder punitivo (por no concurrir los presupuestos necesarios), o bien en la renuncia unilateral del Estado a ejercerlo, por razones que nada tienen que ver con el comportamiento voluntario del agente.[38]

d. La regularización tributaria como causa de supresión o levantamiento de pena.[39]

El sector ampliamente mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia española entiende que la reforma legislativa no ha modificado la naturaleza jurídica del instituto y que, por tanto, la regularización tributaria continúa siendo una causa de supresión (o levantamiento) de la pena.[40] Afirmado esto, resulta imprescindible determinar qué se entiende por "causas de supresión de la pena" y cuál es su ubicación sistemática, pues de esto dependerán las consecuencias dogmáticas que se le asignen al instituto. Respecto de lo primero, la doctrina define a las causas de supresión de la pena como un comportamiento posterior a la ejecución del hecho delictivo y positivamente valorado por el ordenamiento.[41] Respecto de su ubicación sistemática, existe una gran discusión que, a grandes rasgos, puede ser resumida en la existencia de tres grupos:

I. Quienes niegan autonomía categorial a la punibilidad, restringen la definición de delito a la de *injusto culpable*. Por tanto, elementos tales como las causas de supresión de la pena se ven distribuidos en las categorías conceptuales tradicionales (injusto/culpabilidad).[42] Desde

[38] Como puede advertirse, quien sostenga que el fundamento de la regularización está vinculado al desistimiento voluntario, no podrá sostener de forma coherente que su naturaleza jurídica es la de una causa de extinción de la responsabilidad criminal, pues estas nada tienen que ver con el carácter voluntario y espontáneo del comportamiento del autor.

[39] A pesar de que ciertos autores la denominan excusa absolutoria (una categoría de origen francés), inmediatamente hacen la aclaración de que se trata de un instituto que opera de forma *posterior a la consumación* del delito. La terminología que utilizaremos aquí es la de causas de supresión de la pena pues, al provenir de la dogmática alemana -*Strafaufhebungsgründe*-, resulta más familiar a nuestra tradición jurídica. Véase al respecto, con amplias referencias, FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, 2000, pp. 211 ss.

[40] Entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico, Parte Especial*, 2019; EL MISMO, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, 1995; IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 2003; MERINO JARA, «El delito fiscal y la administración tributaria», en PATÓN GARCÍA (coord.), *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, 2016, pp. 163 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, 2016, pp. 352 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, «El delito fiscal», en DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995,* 1997.

[41] Véase FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena,* 2000, p. 99; también DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, 1985. Entre otras, suelen mencionarse la evitación de la propagación de incendios forestales (art. 354.2 CP), la denuncia en el delito de cohecho (art. 426 CP), la retractación del falso testimonio prestado en causa criminal (art. 462 CP), la revelación en los delitos de rebelión y sedición (art. 480.1 CP).

[42] JAKOBS, *AT*, § 10, II., parece concebirlas como un elemento a caballo entre la tipicidad y la antijuridicidad. Dado que este autor afirma que la distinción entre causas de exclusión y causas de supresión de la pena es *«externa y totalmente infructuosa»*, cabría otorgarles a ambas el mismo tratamiento. Por eso, las denomina *«condiciones de exclusión del injusto referidas a roles»*. Esto implica operar con una *concepción ampliada del hecho*, de manera tal que debe afirmarse que el desistimiento de la tentativa, la reparación, etc. modifican el *hecho*. En esta misma línea también se pronuncia SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, pp. 62 ss.

esta perspectiva, cuando concurre una causa de supresión de la pena, la sanción no puede imponerse porque, sencillamente, no existe delito (como injusto culpable).[43]

II. Quienes otorgan autonomía propia a la categoría de la punibilidad y la *incluyen* como parte del concepto de delito, definen al mismo como injusto culpable y punible. Esa categoría se llena, en la generalidad de los casos, con los elementos que no encuentran asidero en las categorías tradicionales del injusto y la culpabilidad. Aquí es necesario distinguir:

> *b.a.)* Quienes adoptan un *concepto amplio* de punibilidad, incluyen allí tanto las condiciones objetivas de punibilidad (vertiente positiva), como las causas de exclusión (*Strafausschließungsgründe*) y las causas de supresión (*Strafaufhebungsgründe*) de la pena (vertiente negativa). Aquí la concurrencia de una causa de supresión de la pena eliminaría, también, la posibilidad de considerar el comportamiento como delictivo (hay injusto culpable pero *no punible*).
>
> *b.b.)* Quienes adoptan un *concepto restringido* de punibilidad, también la conciben como estructura integrante del concepto de delito. Sin embargo, las causas de supresión de la pena no pertenecen a esos elementos, sino que están fuera de la punibilidad y deben ser situadas en una categoría diferente -a la que comúnmente se denomina «*otros presupuestos de la pena ajenos al delito*»-.[44] La concurrencia de una causa de supresión de la pena, en este esquema, no elimina la existencia del delito, sino la posibilidad de responder al mismo con pena.

III. Quienes otorgan autonomía propia a la categoría de la punibilidad y la *excluyen* del concepto de delito, le asignan el carácter de una categoría externa. Como consecuencia, la concurrencia de una causa de exclusión o supresión de la pena, no afecta la existencia o dimensión del delito.[45]

Como puede advertirse, si se opta por las opciones '*a)*' o '*b.a)*', se estaría afirmando que el Estado nunca tuvo la posibilidad de aplicar la pena pues, en verdad, no concurre delito alguno (*nulla poena sine crimine*). Por el contrario, si se opta por las opciones '*b.b)*' o '*c)*', la existencia del delito (injusto culpable y punible) está fuera de discusión y, por ello, la regularización solo tiene capacidad para afectar la posibilidad de responder con pena (posibilidad que ha sido abierta por la norma de sanción).

---

[43] Una variante de esta idea es proponer una categoría distinta a la punibilidad. En este sentido, ROXIN, *Strafrecht AT*, v. I, § 23, I, propone crear una cuarta categoría, denominada "presupuestos de la punibilidad". Por su parte, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., 1997, Cap. V, propone introducir una categoría denominada "*atribuibilidad*" o "*responsabilidad por el hecho*" que se situaría entre la antijuridicidad y la culpabilidad, incluyendo los casos de exceso en las causas de justificación y las excusas absolutorias (dentro de las que cabrían las causas de supresión de la pena).

[44] Este es el caso de FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena,* 2000, pp. 177 ss.; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo,* 1985, p. 344; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, 1996, pp. 132 ss.

[45] En esta línea, Bustos Rubio adopta un concepto amplio de punibilidad (como las posiciones *b.a.*) pero no la concibe como un elemento *estructural* del delito, sino como algo que resulta ajeno al hecho delictivo (como sostienen las posiciones *b.b.*). La punibilidad es, para este autor, una categoría *exclusivamente conceptual* que aglutina todos los elementos que concurren *después* de la comisión del injusto culpable. Por esa razón, la distinción entre causas de exclusión de la pena (que concurren antes de la ejecución del hecho) y causas de supresión de la pena (que concurren después de su ejecución) es irrelevante para decidir *el contenido* de la categoría. Si bien ambas la integran, ninguna de ellas afecta el concepto estructural de delito, el cual se concibe como injusto culpable. Véase, BUSTOS RUBIO, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos,* (XXXV), 2015, pp. 189 ss. En la misma línea –pero desde una posición finalista-, MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, 2007.

3.2. El fundamento

En la doctrina española es posible encontrar tres grandes posiciones respecto al fundamento de la regularización tributaria: exclusivamente fiscal, exclusivamente penal y fundamento mixto.

a. El fundamento político-fiscal

Este sector doctrinal, actualmente en retroceso, subordina la punibilidad de la defraudación tributaria a los intereses fiscales del Estado: el fundamento de la regularización, se asienta sobre los *intereses recaudatorios* que inspiran el Derecho Tributario, y a esos intereses debe subordinarse el Derecho Penal. Dado que la persecución penal de la defraudación tributaria solo se justifica como refuerzo coactivo de la función recaudatoria del Estado, el ordenamiento punitivo se vuelve, en esta medida, un instrumento recaudador al servicio del sistema tributario.[46] En este esquema, la regularización no es más que un estímulo al contribuyente: se lo tienta con impunidad para que vuelva a la senda de la *buena conciencia* tributaria. Los argumentos centrales de esta posición, hasta donde alcanzo, son tres:[47]

> El primero es un argumento de linaje: la regularización nació en el seno de la legislación tributaria; por tanto, su fundamento es evidentemente fiscal (orientado a la consecución de fines recaudatorios) y la posterior incorporación al sistema punitivo no puede modificarlo. En segundo lugar se argumenta que, si se prescinde del fundamento fiscal (el estímulo), sería difícil explicar por qué la regularización exime de responsabilidad criminal también por las falsedades instrumentales en las que se haya incurrido para la comisión de la defraudación. Por último, aporta Sánchez-Ostiz un argumento sistémico: la regularización tributaria no es más que una consecuencia natural de la mutación sufrida por los sistemas tributarios. Paulatinamente, todas las Administraciones han ido concediendo una relevancia cada vez mayor al comportamiento del administrado, pues el legislador ha comprendido que la función recaudatoria estatal no puede desarrollarse sin la colaboración de los ciudadanos (son los propios obligados quienes determinan y autoliquidan sus tributos). En este marco, rige actualmente un principio de *bilateralidad equilibrada*: la transferencia de deberes hacia el sujeto obligado ha sido compensada por la concesión de un conjunto derechos y garantías, entre los cuales se cuenta la exención de responsabilidad criminal por regularización.[48]

A excepción de las aportaciones sistémicas de Sánchez-Ostiz,[49] se trata de una argumentación más bien utilitarista que asume una visión instrumental del Derecho Penal, subordinándolo al

---

[46] De La Mata Barranco, *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, p. 28; Mendes de Carvalho, *Punibilidad y delito*, 2007, p. 425. También el Prof. Sánchez-Ostiz declara, desde un primer momento, cuál es la tesis central sobre la que se apoya: *«los delitos contra la Hacienda Pública se han asentado como medios preventivos de que dispone el sistema tributario»;* Sánchez-Ostiz, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, p. 30.

[47] Para un tratamiento in extenso del tema, véase Bustos Rubio, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016, pp. 169 ss.

[48] Sánchez-Ostiz, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria,* 2002, pp. 49 ss., 170 ss.

[49] Coincido plenamente con el diagnóstico del Prof. Sánchez-Ostiz: la regularización constituye una expresión de la *"bilateralidad"* del sistema tributario, pues la recaudación solo puede gozar de un mínimo de eficacia si los sujetos obligados contribuyen voluntariamente al sostenimiento del Estado. De hecho, esto no es una característica privativa del sistema tributario, sino común a todo el ordenamiento jurídico. Cualquier sistema normativo, incluido el jurídico penal, depende del cumplimiento voluntario de los sujetos obligados: el Derecho solo puede ser *real* si la inmensa mayoría de los ciudadanos se comporta conforme a las normas de prohibición o de mandato que lo conforman. Por tanto, es cierto que la

servicio de la recaudación fiscal. Desde esta perspectiva, la regularización no sería más que un supuesto de oportunidad reglada en el que, bajo ciertas circunstancias, el legislador se decide por dar preeminencia a los fines recaudatorios por sobre los intereses penales. Dado que la regularización tributaria se fundamenta a partir de sus efectos positivos para la recaudación, se trata de intercambiar pretensión punitiva por pago de deuda tributaria.[50] En un marco dominado por la lógica de criterios utilitaristas, entonces, no hay razones de peso para negar que la venta de impunidad -como mecanismo para aumentar la recaudación- sea una opción válida.[51]

Un sector [cada vez más importante] de la doctrina, a mi juicio con razón, rechaza que el fundamento de la regularización tributaria pueda reducirse a razones político-fiscales.[52] En primer lugar, el origen tributario del instituto no implica la inmutabilidad de su fundamento. Más bien lo contrario: si el instituto de la regularización tributaria ha sido incorporado al sistema jurídico penal, entonces resulta *necesario* que tenga un fundamento consecuente con los principios que inspiran este sistema, así como también una estructura que respete los límites del mismo.[53] De lo contrario, se estaría consintiendo una manipulación e instrumentalización ilegítima del Derecho Penal para la consecución de fines que le son completamente ajenos. En breve: la fundamentación exclusivamente fiscal no respeta los principios del sistema punitivo, sino que más bien lo transforma en un instrumento para el incremento de la eficiencia en la recaudación de los tributos. En segundo lugar, tampoco es cierto que la fundamentación penal del instituto no pueda explicar la impunidad de las falsedades contables instrumentales.[54] Al margen de lo señalado, creo que *el mayor problema de*

---

regularización tributaria, desde el punto de vista del Derecho tributario, constituye una facultad correlativa al deber de auto-liquidación. Pero, según creo, de allí no se sigue que la exclusión de pena por regularización tributaria –una vez cometido el delito de defraudación- deba tener un fundamento recaudatorio. Una vez que se inserta en el marco del Derecho penal, el problema modifica su dimensión: ahora se trata determinar qué relación existe entre el deber originario de contribuir al sostenimiento del Estado (como expresión concreta del deber general de cooperación al mantenimiento del estado de libertad real), cuyo cumplimiento ahora es imposible en razón de haber sido cometido un injusto culpable, y el comportamiento posterior conforme a Derecho en que consiste la regularización. Sobre esto, *infra,* punto 4.

[50] En palabras de Sánchez-Ostiz, *«[por] razones de oportunidad en el marco de la política fiscal, se valora como más conveniente garantizar la recaudación, sin retrasarla por el inicio de un proceso penal»;* cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria,* 2002, p. 174.

[51] Es más, la regularización también resulta rentable si se tiene en cuenta que permite ahorrar el dispendio de recursos que significa la realización de un proceso penal y la ejecución de una pena.

[52] Para mayores referencias, véase BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social,* 2016, pp. 176 ss.

[53] La jurisprudencia del Tribunal Supremo se orienta decididamente en este sentido. Sobre el particular y para mayores referencias, BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016, pp. 184 ss., n. 488.

[54] Sobre el alcance objetivo (y subjetivo) de la cláusula de regularización tributaria no puedo ocuparme con el detalle necesario en la presente contribución. Sin embargo, una mínima referencia para contestar la objeción no puede ser obviada. No es cierto que una teoría asentada en un fundamento penal no pueda explicar el alcance objetivo de la regularización respecto de las irregularidades contables y falsedades documentales, pues si se considera que se trata de delitos instrumentales (que se encuentran en una relación medial con la defraudación), la impunidad de los mismos por la existencia de un equivalente funcional de la pena puede ser explicada perfectamente. Siempre que la cláusula sobre irregularidades contables y falsedades instrumentales se siga considerando un *impedimento sustancial* (y a la regularización tributaria como instituto que afecta la *punibilidad*), entonces dichos delitos –al igual que la defraudación- subsisten como injustos culpables. La regularización, al igual que en el caso de la

la fundamentación fiscal radica en su incapacidad para explicar el elemento central de la regularización tributaria: la voluntariedad. Si lo único que nos interesa es el incremento de la recaudación, ¿por qué exigimos que la regularización sea voluntaria? Mientras menos trabas le pongamos al agente para que nos entregue el dinero, mayor recaudación tendremos.

Por estas razones, la doctrina mayoritaria coincide y lleva razón en esto: el fundamento no puede ser *exclusivamente* recaudatorio. Sin embargo, a partir de aquí, las posiciones en relación al fundamento de la regularización se dividen en dos grupos: o bien se opta por un fundamento exclusivamente penal, o bien se elige un fundamento mixto para el instituto.

b. El fundamento jurídico penal

Todos los autores que proporcionan un fundamento penal de la regularización tributaria se apoyan, de una forma u otra, en el desistimiento de la tentativa. Sin embargo, la argumentación de cada línea doctrinal depende de cuál sea la naturaleza jurídica que se asigne a la regularización tributaria y al desistimiento de la tentativa.

(I) Quienes sostienen que la naturaleza jurídica del instituto es la de ser un elemento negativo del tipo, afirman que la regularización constituye un verdadero caso de *desistimiento voluntario*. Entre estos autores, ya hemos dicho, es posible trazar una ulterior distinción. Para algunos, el delito de defraudación tributaria se consuma con la concurrencia de una causa de bloqueo (la regularización es desistimiento de la tentativa); mientras que, para otros, la consumación de este delito debe subdividirse: la defraudación inicial implica una primera *consumación provisional,* todavía desistible mediante regularización; pero el delito solo quedará *definitivamente consumado* a partir de la concurrencia de una causa de bloqueo.

La primera línea es, ya dijimos, altamente problemática y debe descartarse. Por su parte, la posibilidad de distinguir dos momentos consumativos en el delito de defraudación tributaria, parecía solucionar algunas de las objeciones esgrimidas, pero también generaba numerosos problemas.[55] Uno de esos problemas radica en lo siguiente: escindir la consumación del delito de defraudación en dos partes (trabajar con dos conceptos de injusto, uno provisional y otro definitivo) nos obliga a aceptar que existen, también, dos clases de desistimiento. Por un lado, encontraríamos un desistimiento de la tentativa de defraudación (regido por la cláusula general del art. 16.2 del CP) y, por otro, un desistimiento del delito de defraudación provisionalmente consumado (desistimiento post-consumativo regido por la regularización tributaria del art. 305.4 CP).

En mi opinión, esta dualidad del desistimiento genera consecuencias dogmáticas difíciles de explicar. En efecto, quien desiste voluntariamente de la tentativa de defraudación tributaria

---

defraudación, no anula el carácter de injusto culpable de esos hechos, pero impide que puedan ser considerados como *hechos punibles*. La equivalencia funcional con la pena de la defraudación también los afecta, pues se trata de acciones delictivas que integran la propia defraudación. En sentido similar argumenta un sector de la doctrina: *«Cuando el sujeto regulariza su situación compensa el conjunto delictivo ejecutado, esto es, la defraudación comprensiva de determinadas falsedades o irregularidades de carácter contable que forman parte de la misma, puesto que se llevaron a cabo, no con autonomía punitiva, sino como parte necesaria e integrante de la propia defraudación»;* BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016, p. 391.

[55] Véase *supra,* 3.1., apartado a).

(*antes* de la consumación provisional), quedaría sujeto a los efectos previstos en la norma del art. 16.2 CP. Por tanto, la impunidad solo recae sobre esa tentativa y no se extiende a los demás actos instrumentales -ejecutados para la defraudación intentada- que constituyen delitos autónomos.[56] Por el contrario, quien desiste de una defraudación *consumada provisionalmente*, queda sujeto a la regla del art. 305.4 CP y resulta beneficiado con la impunidad de todos los delitos instrumentales cometidos para la defraudación. La contradicción salta a la vista: aun cuando se admita la posibilidad de desistir de una defraudación consumada provisionalmente, dicho comportamiento no debería acarrear consecuencias dogmáticas más benignas que un desistimiento, del mismo hecho, que ha tenido lugar cuando no se ha alcanzado esa consumación provisional.

(II) Para quienes ven la regularización tributaria como una causa de supresión o levantamiento de pena, regularizar no es desistir; se trata de un comportamiento posterior a la consumación del tipo de defraudación tributaria y, por tanto, no es un caso de desistimiento. Sin embargo, desistimiento y regularización están vinculados a partir de sus fundamentos: aquello que justifica conceder la impunidad al autor que desiste, guarda una conexión estrecha con aquello que justifica la concesión de impunidad al autor que regulariza.

> Las diferentes teorías sobre el fundamento del desistimiento de la tentativa no pueden ser consideradas aquí,[57] por lo que solo nos limitaremos a mencionar aquella que ha tenido amplia recepción en la doctrina, a saber, la fundamentación del desistimiento a partir de la teoría de la justificación de la pena. En términos generales, la postura que ROXIN y BLOY denominan *"teoría modificada de los fines de la pena"*,[58] fundamenta los casos de desistimiento en la falta de necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena.[59] Trasladado al instituto que nos ocupa, la estructura de razonamiento es idéntica: la doctrina mayoritaria toma como punto de partida una teoría mixta de la pena, fuertemente orientada a la protección de bienes jurídicos, y afirma que la regularización tributaria: [a] reafirma nuevamente la confianza en la vigencia del ordenamiento, [b] refuerza el papel intimidatorio de la amenaza penal, [c] al tiempo que evidencia una auto-resocialización del autor.

Sin embargo, por sí mismo, el desistimiento no puede fundamentar -*en toda su extensión*- la impunidad concedida por el texto del art. 305.4 CP. Si así fuera, la regularización debería tener

---

[56] El artículo 16.2 del CPE establece: *«Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».*

[57] Sobre todo ello, fundamental, ROXIN, *AT,* v. II, 2006, § 30, pp. 587 ss. Véase también, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 35 ss.

[58] ROXIN, *AT*, v. II, 2006, § 30, p. 592, BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, p. 160.

[59] Según Roxin, el desistimiento voluntario de la tentativa no necesita de pena porque ha eliminado la peligrosidad del comportamiento (peligrosidad que constituye el fundamento primario de la tentativa) y la impresión jurídicamente conmocionante (que fundamentaría la punibilidad de las tentativas no peligrosas) que este genera. Así las cosas, *«en el desistimiento voluntario ya no estaría respaldado un castigo por ningún fin posible de la pena: ni la exigencia de prevención general o especial, así como tampoco la necesidad de una compensación de la culpabilidad requieren una sanción penal»*; ROXIN, *AT*, v. II, 2006, § 30, A. I. 2., p. 591.

los mismos alcances (o límites) que el desistimiento pero, como es sabido, no es así.[60] Para hacer desaparecer completamente la necesidad de pena, se dice, hace falta algo más.

Ese plus viene dado, según la doctrina dominante en este sector, por la reparación del daño. Adoptada una perspectiva predominantemente privatista de la reparación, o bien vinculada a una teoría preventiva (mixta) de la pena, se fundamenta el instituto a partir del interés político criminal en incentivar la satisfacción del daño efectivamente sufrido por la víctima. Según se dice, la regularización repara el daño sufrido por la Administración a raíz de la defraudación tributaria cometida por el autor. Sin embargo, en función de cómo se conciba el bien jurídico protegido, los autores pueden ser clasificados en dos grandes grupos. *Los patrimonialistas* sostienen que el reconocimiento de la deuda está vinculado al desistimiento, mientras que el pago de la deuda está destinado a la reparación patrimonial. La regularización repara *«la lesión del bien jurídico ocasionada con anterioridad»*,[61] pues el sujeto *«ha reparado el menoscabo causado al bien jurídico»*.[62/63] Por su parte, el sector *funcionalista* o *institucionalista* considera que el bien jurídico protegido no es el patrimonio, sino *la función recaudatoria* del Estado. Conforme con ello, la reparación del daño se produce ya con el reconocimiento de la deuda (con la declaración rectificativa) y, por tanto, el pago requerido por la regularización tributaria *nada tiene que ver* con la reparación del bien jurídico.[64]

---

[60] Como hemos visto, la regularización tributaria extiende la impunidad a las irregularidades contables y cualquier otra falsedad instrumental cometida a título instrumental en el fraude fiscal, mientras que la cláusula legal del desistimiento excluye –expresamente- del efecto liberador de pena a los delitos ya consumados al momento del desistimiento voluntario. Por eso, parte de la doctrina afirma que con el fundamento derivado del desistimiento y de la teoría de la pena, solo se disminuye la necesidad preventiva de la sanción (en tanto se afirma que el comportamiento regularizador cumpliría ya por sí mismo las funciones preventivas, generales y especiales, de la pena), siendo necesario algo más para conceder impunidad. Según BUSTOS RUBIO, la total exención de pena requiere hurgar en el principio de *última ratio*; cfr. *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016.

[61] BRANDARIZ GARCÍA, «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Estudios Penales y Criminológicos*, (24), 2003, p. 73.

[62] BRANDARIZ GARCÍA, *Estudios Penales y Criminológicos*, (24), 2003, p. 68. También García Arán considera, directamente, que las figuras de regularización del delito fiscal y contra la seguridad social son *«acogedoras de la reparación del menoscabo económico producido por tales delitos»;* GARCÍA ARÁN: «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», en MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO/FERRÉ OLIVÉ, *et. al.* (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz,* 2011, pp. 476 s. En lo doctrina alemana, recientemente, CEFFINATO, *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung,* 2017, § 4, pp. 153 ss.

[63] Las críticas a esta posición son principalmente dos: a) difícilmente una defraudación tributaria pueda considerarse una lesión relevante del patrimonio del Estado; b) si la defraudación se produce al momento de la liquidación, entonces no se trata de una verdadera lesión al patrimonio, sino de una lesión a una expectativa patrimonial indeterminada.

[64] En efecto, si los casos de defraudación tributaria no son casos de agresión contra el patrimonio sino casos de atentado contra el *buen desempeño* de la función recaudadora, dicho pago no puede ser equiparado a la reparación del daño. A la luz del bien jurídico protegido, un comportamiento que solo consiste en no ingresar los tributos no constituye una de las acciones típicas de defraudación. Para la tipicidad, se exige el ocultamiento de información tributariamente relevante, es decir, se requiere *defraudar*. Por tanto, las acciones de reparación del bien jurídico no deberían necesariamente exigir el pago de la deuda tributaria.

El problema salta a la vista: a menos que se caiga en una tesis patrimonialista del delito de defraudación tributaria (en retirada),[65] el fundamento jurídico penal construido sobre la base de una teoría preventiva de la pena –si bien explica el carácter voluntario de la regularización- no encuentra un lugar cómodo para el requisito del pago. En efecto, si la posición institucionalista sobre el delito de defraudación tributaria (actualmente mayoritaria) quiere mantener un fundamento jurídico penal puro de la regularización, no podrá justificar el requisito del pago acudiendo al desistimiento ni a la reparación.[66] Es que el *buen desempeño de la función recaudatoria* (en tanto bien jurídico) no requiere el pago para ser "reparado": para ello basta con que el sujeto reconozca el engaño a la Administración, poniendo a su disposición la información veraz a partir de la cual se hace, luego, la liquidación.[67] Esto ha generado que cierto sector de la doctrina se incline por adoptar un fundamento mixto del instituto.

c. El fundamento mixto de la regularización tributaria

En virtud de lo anterior, parte de la doctrina se inclina por mantener una visión marcadamente institucionalista de la defraudación tributaria y, al mismo tiempo, asentar su fundamento en una teoría mixta.[68] En este esquema, el fundamento de la regularización tributaria quedaría estructurado como sigue:

+) *El fundamento jurídico-penal* es el centro de la regularización tributaria. Este, a su vez, puede reconducirse a dos institutos: el desistimiento voluntario de la tentativa y la especial reparación a la víctima, en este caso, "personificada" en la Hacienda Pública.[69]

---

[65] Incluso el propio Tribunal Supremo se inclina últimamente por la posición institucional (la STS 374/2017, ponente Varela Castro, niega la aplicación del art. 74.2 CP al delito fiscal, pues *«no participa de esa naturaleza* [patrimonial] *por más que se trate de una infracción de deber con afectación al patrimonio de la Hacienda Pública»*).

[66] Sobre el particular, CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social*, 2002, pp. 347 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», *La Ley*, (8), 2000, p. 1474; QUERALT JIMÉNEZ, «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y Derecho penal*, (I), 1999, p. 183; SÁNCHEZ OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria,* 2002, pp. 101 ss., 108; entre otros.

[67] En este sentido, se ha afirmado que *«[e]l hecho de que el actual art. 307.3 CP. condicione la exención de responsabilidad penal al pago de la deuda no resulta explicable en la idea de reparación, toda vez que ésta ya se produce con el completo reconocimiento»;* cfr. BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social,* 2016, p. 195.

[68] De *lege lata*, sostiene esta posición Bustos Rubio: *«a la regularización subyace una fundamentación dual o mixta: (1) de tipo penal, y (2) de tipo político-fiscal».* Sin embargo, de *lege ferenda*, el autor propone eliminar el requisito del pago de la deuda a fin de lograr un fundamento penal puro que evite la perversión del instituto; véase BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016, pp. 249 ss.

[69] Para determinar cuándo concurre un acto reparador, debe recordarse que el bien jurídico no es el patrimonio y que la conducta típica no se reduce a *no ingresar* los montos, por lo cual la reparación no exige el efectivo pago. Dado que el bien jurídico es la función recaudatoria y la conducta típica consiste en el ocultamiento de información relevante para la determinación de los tributos, para la reparación bastaría con el reconocimiento mediante una declaración rectificadora. Respecto de la conducta típica, Silva Sánchez –aludiendo al delito previsto en el art. 307 CP- entiende que el tipo penal exige que *«el desconocimiento, y la consiguiente elusión, deben responder a una conducta fraudulenta»*, es decir, al *«ocultamiento de los presupuestos del surgimiento de la deuda»,* agregando que *«el mero hecho del impago de todo o parte de la cuota no supone realización del tipo»;* cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Allende de las fronteras de la 'defraudación' típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN, *et. al*. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, p. 886.

+) *El fundamento político fiscal,* sin embargo, también resulta necesario para dar forma definitiva al instituto. Sin ese fundamento fiscal, no sería posible explicar la exigencia legal del pago efectivo de la deuda tributaria.

La posición mixta adolece, desde mi punto de vista, de dos problemas centrales. El primero es estratégico: recurrir a la reparación para intentar fundamentar la regularización tributaria es, en mi opinión, difícil. Por un lado, utilizar la reparación y el desistimiento en forma conjunta produce una tensión importante, porque el centro de gravedad del desistimiento está en la voluntariedad –valor de acción-, mientras que el instituto de la reparación no exige esa característica (la reparación es posible hasta el momento del inicio del juicio oral). Al incorporar la reparación, perdemos de vista aquello que constituye la esencia del acto regularizador: la voluntariedad. En efecto, aún aceptando que el bien jurídico afectado es la función recaudatoria y que el fundamento de la reparación está en la utilidad de esa información (no en el pago), todavía tendremos que responder una pregunta importante: ¿por qué limitarnos al aporte *voluntario* de esa información? A pesar de que se hayan iniciado las actuaciones y el aporte de la información sea involuntario, si es veraz y completo, el reconocimiento seguiría siendo útil a ese propósito reparador.
En el segundo problema está, según creo, la debilidad principal de esta posición: su carácter mixto le obliga a retomar el fundamento fiscal. Criticar la posición fiscalista, por generar una instrumentalización intolerable del Derecho penal, para luego recurrir a una teoría mixta del fundamento de la regularización resulta contradictorio: con ello, la instrumentalización del ordenamiento punitivo para la recaudación fiscal entra nuevamente en escena. En una teoría mixta, se vuelve difícil encontrar un lugar cómodo para el requisito del pago sin caer en esa instrumentalización. Esta incomodidad explica la dualidad en la que incurre BUSTOS RUBIO: de *lege lata*, le concede un fundamento mixto al instituto, pero de *lege ferenda* propone eliminar el requisito del pago para poder volver al terreno seguro del fundamento penal puro. La propuesta no convence pues el legislador ha zanjado definitivamente la disputa doctrinal a favor de exigir el pago. Nuestra labor consiste en explicar de forma coherente la exigencia legal que, por otra parte, no ha hecho más que dar recepción legislativa a la opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria (antes y después de la reforma).

Recapitulación

Las teorías monistas sobre el fundamento del instituto son insatisfactorias, pues ninguna logra proporcionar una explicación armónica de todos los elementos de la regularización tributaria. Las teorías exclusivamente fiscalistas, por una parte, no pueden explicar el carácter voluntario del instituto, que es su esencia. Una fundamentación jurídico-penal asentada sobre una teoría preventiva (y mixta) de la pena, por otra, no resulta compatible con una posición institucionalista de la defraudación tributaria, pues no logra explicar el requisito del pago. Las teorías mixtas sobre el fundamento de la regularización tributaria, como de costumbre, acaban en contradicciones insalvables.

Sin embargo, existe una vía que no ha sido explorada: una fundamentación penal asentada sobre una teoría retributivo-comunicativa de la justificación de la pena. El punto siguiente constituye una reconstrucción de los elementos propios del instituto bajo la siguiente hipótesis de partida: la regularización tributaria es un equivalente funcional de la pena retributiva. Para fundamentar esa hipótesis, se intentará demostrar que este instituto no elimina el carácter injusto de la defraudación previa y que, por ser un equivalente funcional, su fundamento debe

ser jurídico penal (en concreto, debe estar vinculado a la justificación de las acciones punitivas).[70] Según creo, esta nueva imagen de la regularización tributaria nos proporciona no solo una base sólida para una mejor interpretación de los diversos elementos del instituto (y su consecuente aplicación a los casos concretos), sino que también explica de forma razonable su consecuencia central: la completa inhibición del derecho estatal a punir al autor de la defraudación.[71]

4. La regularización tributaria como equivalente funcional de la *pena retributiva*

4.1. Ubicación dogmática

A partir de la discusión anterior, se tomará aquí el siguiente punto de partida: la regularización no puede hacer desaparecer el injusto consumado de la defraudación tributaria.[72] La regularización constituye un comportamiento posterior al hecho delictivo cuya consecuencia jurídica consiste en inhibir la posibilidad de ejercer la pretensión punitiva estatal.[73] Conforme lo dicho, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional aciertan al considerar que el instituto se limita a suprimir o excluir las consecuencias punitivas de un delito de defraudación tributaria.[74]

Sin embargo, tal categorización es todavía insuficiente pues, como afirma STRATENWERTH, con ello *«se ha dicho poco»*[75] o prácticamente nada. Es necesario proporcionar una respuesta sustantiva que sea capaz de ofrecer un motivo por el cual un comportamiento posterior al

---

[70] Una aclaración previa: dado que aquí las acciones punitivas se justifican en clave retributivo-comunicativa, la regularización se concibe como equivalente funcional de una pena *retributivamente fundada*. Esto quiere decir: para quien siga una teoría preventiva de la pena, la regularización puede que no constituya un equivalente funcional de la pena.

[71] Quedarán al margen de las consideraciones aquí realizadas las cuestiones relativas a los partícipes y a la defraudación tributaria como delito precedente del auto-blanqueo de capitales. Sobre esto último, véase *supra,* nota 16.

[72] Incluso los autores que le asignan el carácter de *acción contra-típica* o de un *elemento negativo del tipo*, equiparando el instituto a una especie de desistimiento post-consumativo, están haciendo un uso del término tipicidad en el sentido de un *tipo global de injusto*. El alcance que se le da a esta expresión no está claro, pero es evidente que no se reduce a la tipicidad en sentido estricto.

[73] La ley penal, que confiere ese derecho a punir, no constituye -en sentido estricto- ninguna norma. De dicho enunciado legal se extrae, en palabras de Binding, *«un derecho a la pena»,* es decir, un derecho del Estado al ejercicio de una acción punitiva. Esto implica lo siguiente: pese a la existencia de un injusto culpable, el titular del *ius puniendi* puede *renunciar* o ver *inhibida* la posibilidad de ejercer su derecho a la punición. Esto no es más que una derivación de la importante conclusión inicialmente señalada por Binding: la norma de comportamiento prohíbe (o manda) mucho más de lo que la ley penal castiga; sobre el particular, ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, p. 9.

[74] La STC 73/2017, ponente Ollero Tassara, si bien referida en un principio a la inconstitucionalidad de la amnistía fiscal, refiere que: *«tampoco cabe admitir [...] que nos encontremos ante una situación similar a la de exoneración de responsabilidad penal frente a regularizaciones tributarias voluntarias [...]. En este tipo de regularizaciones lo que se excluye son las consecuencias punitivas derivadas del incumplimiento de las obligaciones tributarias [...]»*. Para un desarrollo extenso de por qué esta sentencia impediría considerar a la regularización tributaria como una causa de atipicidad o de justificación, véase ESPIGADO GUEDES, «Amnistía fiscal: a propósito de la regularización tributaria como excusa absolutoria en el delito fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017», *Diario La Ley,* (9030), 2017.

[75] STRATENWERTH, *Strafrecht, AT,* 4ª ed., 2011, § 11, Nm. 71. En el mismo sentido FREUND-ROSTALSKI, *AT,* 3ª ed., 2019, § 9/8.

hecho, tal como la regularización tributaria, puede dar lugar a la supresión de la posibilidad del Estado de ejercer su derecho a la acción punitiva.[76]

Según creo, esa respuesta pasa por concebir al instituto como un *equivalente funcional de la pena retributiva*. Ahora bien, si se pretende que dicha caracterización tenga alguna posibilidad de éxito, es imprescindible establecer cuál es la prestación que la praxis punitiva desempeña y respecto de la cual el comportamiento regularizador resulta funcionalmente equivalente. Para esto es necesario dirigirnos, brevemente, al campo de la justificación de las acciones punitivas.

4.2. El fundamento jurídico-penal: la justificación de la pena retributiva

a. La punición como praxis. Agencia, libertad y reactividad

El primer paso –y uno importante- es concebir al Derecho como una praxis colectiva,[77] esto es, una práctica a través de la cual se construye, de forma colectiva, un orden de libertades institucionalmente garantizado. En esta construcción colectiva, como veremos luego, el aporte de cada uno de los ciudadanos resulta fundamental. Lo importante ahora es destacar que, en tanto parte de una praxis colectiva, la acción punitiva estatal no es una acción aislada. Al contrario: su realización está enmarcada en un conjunto de prácticas reactivas, gobernadas por la idea rectora de la autodeterminación y sus proyecciones concretas; en particular, por el principio sinalagmático *libertad de acción – responsabilidad reactiva por las consecuencias*. En función de esa pertenencia, la justificación de la pena retributiva posee algunos caracteres comunes a todas esas prácticas dialógicas. A continuación, una breve mención sobre ellas:

(I) En primer lugar, todas esas prácticas son *agenciales*.[78] Los intervinientes en ella se definen como agentes, es decir, como sujetos que poseen capacidad de expresión comunicativamente relevante: su actuar –conforme o contrario a la norma- *siempre comunica*. En el caso de la praxis punitiva, esto se manifiesta en la propiedad común que subyace a la paridad conceptual delito-pena: *"quien comete un delito y quien le condena por ello a una pena tienen una cosa en común, a saber, su propiedad como agentes"*.[79]

---

[76] La propuesta intenta contribuir, entonces, al llamado de atención formulado por Silva Sánchez, «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal,* 2004, en relación a la necesidad de proveer un mayor desarrollo teórico de todo aquello que sucede después del injusto culpable, ya sea que tenga implicancia o no para el delito en sentido estricto.

[77] Esto significa: no se proporciona una visión adecuada del Derecho cuando se lo concibe como un conjunto de normas jurídicas impuestas. El Derecho, en tanto praxis, es una construcción colectiva en la que las normas solo reflejan la cristalización momentánea y contingente de un orden de libertades efectivamente practicado.

[78] Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens,* 2017, p. 51. Existe traducción al castellano a cargo de Robles Planas/Pastor Muñoz/Coca Vila, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, 2019. En el mismo sentido, Lesch, *El concepto de delito*, 2016, p. 230, afirma que el carácter agencial forma parte del concepto de delito (al que considera una «expresión de sentido de una persona formalmente racional») y, en virtud de la relación funcional que mantienen, también del concepto de pena. Similar también, señalando que la descripción de la praxis punitiva comienza analizando la identidad comunicativa de aquellos que participan en ella; Duff, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 7.

[79] En idéntico sentido, Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, 2017, p. 13 (*Wer handelt, der kommuniziert* –quien actúa, comunica-); El mismo, *Ciudadanía y*

> Dado que el destinatario del reproche es un agente racional, el Estado tendrá la pretensión de entablar con él un diálogo ciudadano orientado al entendimiento, [80] *i.e.*, a la obtención de un acuerdo. En esta circunstancia radica el profundo potencial de reconocimiento intersubjetivo que subyace a toda teoría de tinte retributivo.[81]

(II) El segundo elemento tiene que ver con *la libertad de voluntad* como presupuesto pragmático. Todo ordenamiento jurídico construido sobre la idea de la autodeterminación personal de los agentes *presupone* la voluntad abstracta de la persona. No puede ser de otro modo pues ¿qué sentido tendría conceder al agente un espacio libre de actuación si no se asumiera primero que dicho sujeto goza de libertad de acción para ejercerlo?

> Debe recordarse, sin embargo, que este presupuesto pragmático (*libertad de voluntad*) no es un hecho biológico sino un *producto cultural de atribución*: se trata de un concepto normativo que consiste en la capacidad de tomar decisiones de conformidad con las preferencias personales constitutivas de la identidad de un agente. Una vez asumida esa capacidad, el Derecho le garantiza al ciudadano un espacio de libertad para tomar decisiones y, como consecuencia, le exige que responda (de forma reactiva) por las alternativas de conductas elegidas al hacer uso de esa libertad de voluntad.

(III) La tercera propiedad se deriva de las dos anteriores y radica en el *carácter reactivo* de las acciones punitivas: una vez garantizada la libertad de actuación y entendida la acción como acto de comunicación, el ordenamiento llama al sujeto a responder por las orientaciones elegidas, esto es, le exige responsabilidad en términos reactivos.[82]

Si aplicamos este esquema interpretativo a las acciones delictivas y punitivas, se obtienen algunas precisiones. En primer lugar, ambas poseen un *denominador común*: un agente que actúa y, por tanto, comunica. En segundo término, en virtud de su carácter reactivo, la existencia misma de la acción punitiva depende de la acción delictiva. Dicho de otro modo:

Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, 2016, p. 62: "el actuar [...] tiene siempre una dimensión comunicativa".

[80] La praxis punitiva da por supuesta la existencia de una relación previa entre sujeto activo y pasivo del reproche, pues sin ese vínculo no hay posibilidad de formular reproche alguno. Ese vínculo, en lo que aquí interesa, es lo que comúnmente denominamos *ciudadanía.* Derecho penal es siempre derecho de ciudadanos. Entre otros, pero fundamental, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012. También DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018. Sobre las distintas concepciones de ciudadano y sus repercusiones en la dogmática, CIGÜELA-SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, (2), 2017. Más recientemente, relacionando la legitimidad política de la pena con la idea de Estado prestacional, CIGÜELA-SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena,* 2019.

[81] Por esta circunstancia se excluye, de plano, la posibilidad de adoptar un esquema de acción estratégica en la que se utiliza al destinatario del reproche como objeto de táctica social, tal como sucede en una teoría preventivo especial de la pena. En el mismo sentido, PAWLIK, «Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen», en ROGALL (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 213 ss.

[82] Si a los intervinientes se les atribuye libertad y, en consecuencia, su actuar siempre comunica, la idea de responsabilidad reactiva se vuelve una categoría conceptual *irreductiblemente relacional.* Desde esta perspectiva, como ha destacado Duff, la responsabilidad posee una estructura *triádica* que involucra al *destinatario* que es llamado a responder, al *sujeto* que formula el llamado y el *estatus* en virtud del cual se hace posible formular ese llamado. Véase DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 59 ss.; también PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 83 ss.; MAÑALICH, «Retribución como coacción punitiva», *Revista de Derecho y Humanidades,* (16-1), 2010, p. 53; EL MISMO, «Pena y ciudadanía», *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), 2004, pp. 63 ss.

dado que se trata de discurso y respuesta, sin discurso previo, no hay respuesta. En tercer lugar, en función de la libertad de voluntad atribuida al agente, *el actuar delictivo* que es objeto de desaprobación y *el actuar punitivo* que se somete a justificación, consisten ambos en una elección.[83] Veamos esta cuestión con un poco más de detalle.

b. El denominador común de las acciones delictivas y punitivas: su carácter comunicativo

La emisión de una norma de comportamiento -por definición- divide el mundo del ciudadano en dos alternativas básicas de acción: cumplimiento vs incumplimiento de la norma.[84] Una vez adoptada la norma como esquema de atribución de sentido para las acciones del agente, cualquiera de las dos alternativas constituye una expresión normativamente relevante. En breve: *tanto quien acata como también quien infringe, comunica*. ¿Qué es lo que comunica en cada caso el ciudadano?

Dado que el Derecho penal es algo que se *construye* a partir de los comportamientos desplegados por los intervinientes, la toma de posición que se describe como *acatamiento* de la norma constituye una expresión comunicativa que tiene una relevancia significativa enorme. Con ese comportamiento, el ciudadano expresa una toma de posición favorable al mantenimiento del Derecho y, en esa medida, reconoce la fuerza vinculante de la norma de comportamiento, confirmando así, en sentido dinámico, el Derecho. Sobre esto volveremos luego.[85] Sin embargo, también es posible que, a la luz del esquema de sentido proporcionado por la norma, el comportamiento del ciudadano se describa como *incumplimiento* de la misma, es decir, como injusto culpable. Con este comportamiento, el ciudadano expresa su posición contraria al deber de cooperar en la construcción colectiva del estado de libertades institucionalmente garantizado. En este esquema, debe quedar claro que la dimensión penalmente relevante de las acciones viene dada por *el sentido* que le atribuimos a un sustrato, y no por el sustrato ontológico sobre el cual se atribuye el sentido.

> En efecto, un mismo sustrato físico (*Geschehen*) admite una infinidad de descripciones, pero solo aquella descripción que se hace tomando como esquema de atribución de sentido a la norma de comportamiento permite atribuirle el carácter de hecho delictivo.[86]

---

[83] Nótese que el objeto de desaprobación y el objeto de justificación son las acciones (delictivas y punitivas, respectivamente) y no una entidad abstracta como "el delito" o "la pena". Estas entidades son conceptos y, como tales, no se justifican ni se reprochan; *se construyen*. Lo único que puede ser objeto de una justificación son las *acciones*. Sobre esto no puedo extenderme aquí. Al respecto, véase KLEINIG, *Punishment and Desert,* 1973.

[84] Las normas, por definición, exhiben un carácter esencialmente contingente pues su cumplimiento por parte del destinatario es solo una de las posibilidades existentes. Toda norma es, por su naturaleza misma de norma, susceptible de ser infringida.

[85] Véase *infra,* punto 4.3.

[86] La *existencia* de la acción depende de la dimensión prospectiva de la norma de comportamiento: sin norma de comportamiento previa, no hay campo de sentido y, por tanto, la acción –entendida como sentido- *no existe* como tal, sino solo como sustrato ontológico indeterminado al que resulta posible asignarle múltiples sentidos. La *valoración* de esa acción –como correcta o incorrecta- es una tarea que solo puede hacerse a partir de la norma de comportamiento en su dimensión retrospectiva. Dicho con un ejemplo: el comportamiento de apretar el gatillo de una pistola puede ser descripto como un disparo maestro de un francotirador, como la venganza del honor familiar, como un acto de legítima defensa de terceros o como una acción constitutiva de homicidio. La atribución de uno de esos sentidos, entonces, nada tiene que ver con el sustrato en sí (que en todos los casos es el mismo), sino con el esquema normativo. En breve: una acción jurídico-penalmente relevante es una toma de posición del sujeto cuya

Conforme lo dicho, *el acatamiento* de la norma de comportamiento se interpreta como cooperación al mantenimiento de un determinado estado de libertades; *su infracción*, como incumplimiento de dicho de deber de cooperación. Sin entrar en mayores precisiones sobre este concepto de injusto, ahora interesa destacar que, en todo ordenamiento jurídico penal, la realización del injusto culpable constituye el presupuesto necesario para que se vuelva operativa la disposición legal que habilita al Estado el ejercicio del *ius puniendi*. Al igual que la acción delictiva, la *acción punitiva* tampoco puede ni debe definirse desde lo fáctico externo (un sustrato ontológico que le viene dado previamente al Derecho penal).[87] La acción punitiva constituye aquí el *ejercicio de un derecho* estatal al *ius puniendi,* un hecho libre de su titular que, como toda acción, también comunica.[88] En términos más precisos: se trata de una toma de posición con la cual el Estado expresa que el vínculo, formalmente indisoluble, entre el goce de la libertad real y el deber de cooperar a su mantenimiento ha sido materialmente disuelto de modo culpable.

c. Merecimiento y facultad de punición

La noción de merecimiento es central en toda teoría retributiva sobre la justificación de la pena. Sin poder entrar aquí en detalles, basta mencionar lo siguiente: en la versión retributivo-comunicativa, la comisión de un injusto culpable da lugar al merecimiento de reproche, lo cual representa una condición necesaria y suficiente para la imposición de la pena.[89] La suficiencia del merecimiento no implica, sin embargo, que dicha imposición deba concebirse como una consecuencia necesaria de la comisión de todo delito. Tal como hemos afirmado en el paso anterior, el enunciado legal solo concede *un derecho punitivo* al Estado, es decir, *lo faculta* al ejercicio de la acción punitiva.[90] De tal facultad se deriva, lógicamente, un deber correlativo que recae sobre el agente responsable y cuyo contenido consiste en tolerar la acción punitiva. Explicado a la inversa: cuando el autor toma posición frente a la norma de conducta y opta por

---

existencia y valoración (como correcta o incorrecta) solo es posible a la luz de una determinada norma de comportamiento.

[87] La restricción de un derecho (la imposición de un mal, si se quiere) es una existencia indeterminada (*«reine Sein»*) que no puede distinguirse de la nada pues, al mismo tiempo, puede ser todo: acto de guerra, privación ilegítima de la libertad, prisión preventiva, tortura, etc., dependiendo del campo de sentido que utilicemos para describirla. En breve: la restricción de derechos no es más que un proceso interpretable, un mecanismo de expresión comunicativa que solo adquiere *sentido punitivo* si se lo inserta en un determinado campo de sentido normativo.

[88] Concebir al enunciado legal como una norma de habilitación resulta incompatible con una visión *feuerbachiana* de la ley penal (como simple amenaza destinada a asegurar el cumplimiento de los deberes impuestos por la norma de comportamiento). El enunciado legal no puede asegurar, mediante amenaza, el cumplimiento del deber contenido en la norma de comportamiento, sencillamente porque la infracción de ese deber es el presupuesto necesario para que la disposición legal se haga operativa y haga nacer el deber de tolerancia punitiva que recae sobre el ciudadano

[89] Sobre el particular, MAÑALICH, «La pena como retribución», *Estudios Públicos*, (108), 2007, p. 152, quien aclara el sentido en el que se está usando aquí el término condición suficiente, según lo expuesto por MOORE, *Placing Blame*, 2010, pp. 173 ss.

[90] Cfr. BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, 1877, pp. 11-13. En idéntico sentido, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal,* afirma en p. 51: *«las infracciones del deber de cooperación [...] merecen pena –ciertamente, no en el sentido de que se tiene que imponer una pena, pero sí en el sentido de que tal pena se puede imponer-.»* Con claridad, MAÑALICH, *Revista de Derecho y Humanidades,* (16-1), 2010, p. 64: *«la punición es un "hecho libre" del titular del ius puniendi, [...] para el cual el delito solo constituye la fuente de un derecho subjetivo, correlativo al deber del penado [...] de tolerar la imposición y ejecución de la pena, pero no de un deber del propio Estado de castigar al responsable»*. Véase la nota siguiente.

el comportamiento contrario a Derecho, el enunciado legal hace posible transformar su original deber de cooperación al mantenimiento del Derecho –ahora de imposible cumplimiento- en un deber de soportar que el Estado ejerza su derecho a la acción punitiva y, con ello, materialice la prestación retributiva. En breve: ese *deber* de soportar la punición es el reflejo del *derecho* estatal a ejercer la coacción punitiva y, por eso, la imposición de pena se concibe aquí como un *«hecho libre»* de su titular y nunca como un deber en términos estrictos.[91]

Concebir a la acción punitiva como el ejercicio de un derecho (y no como un deber a imponer pena) resulta plenamente compatible con aceptar la centralidad de la noción de merecimiento, pues de la afirmación *"A merece Ø"* no se sigue necesariamente la afirmación *"alguien está obligado a garantizar que A reciba Ø"*.[92] En una retribución comunicativa, no todo injusto culpable acarrea necesariamente la imposición de una pena pues, en todo caso, la punibilidad del quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento está sujeta, entre otras cosas, a la prestación funcional que genera. La pena es la consecuencia jurídica del delito, pero eso no quiere decir que dicha consecuencia se siga, de forma mecánica, a partir de la comisión del mismo. Para expresarlo con BINDING: *«los seres humanos castigan a seres humanos* [en función de sus hechos]*, no los hechos en sí mismos»*.[93]

d. La prestación retributiva del reproche merecido

En una teoría retributivo-funcional de la praxis punitiva, lo que se reprocha al agente es el quebrantamiento culpable de una determinada norma de comportamiento. En tanto acto comunicativo, la formulación de un reproche posee diversas dimensiones. Por un lado, se emite un determinado mensaje con el que se hace saber al destinatario del mismo que su comportamiento socava las relaciones susceptibles de ser mantenidas para con él, en tanto destruye las expectativas que conforman esas relaciones.[94] Por otro, posee también una dimensión ilocutiva; es decir, con la formulación de un reproche también se *hace* algo. Aquello que se hace con la formulación del reproche merecido, se denomina aquí *prestación funcional* de la pena retributiva.

Esa prestación funcional consiste en la *confirmación dinámica* del Derecho (concebido este como praxis colectiva). Por tanto, no se trata de poiesis o mantenimiento de un *status quo* (confirmación en sentido estático), sino *verdadera construcción dinámica a través del reconocimiento*. Esta prestación, es importante destacar, no debe entenderse como un efecto contingente (perlocucionario) de los actos punitivos,[95] sino como una consecuencia necesaria o

[91] Si existe un deber del Estado –en sentido estricto- en el ejercicio de la acción punitiva, dicho deber no deriva del enunciado legal. La ley penal, *à la* Binding, no es una norma imperativa sino una norma habilitante que regula la relación entre titular del *ius puniendi* y autor del supuesto de hecho contenido en ella. Por eso es que los enunciados legales compuestos por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídico punitiva, como advierte Robles Planas, no son normas en sentido estricto, pues no imponen directamente deberes (cfr. ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret,* (1), 2019).

[92] Sobre el particular, BERMAN, «Modest Retributivism», *Faculty Scholarship,* (1496)*,* 2016.

[93] BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft,* 1877, p. 11.

[94] Véase SCANLON, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame,* 2008, pp. 128 ss.

[95] En palabras de Pawlik, *«la decisión sobre si se aplica o no pena, no pertenece al ámbito de la poiesis, sino al de la praxis: no 'sirve' (dient) a la identidad colectiva (Selbstvergewisserung), a la respuesta a la pregunta: "¿qué queremos ser?", sino que materializa o practica (vollzieht) esa identidad colectiva»;* cfr. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens,* 2017, pp. 52-53.

intrínseca (un efecto ilocutivo) de cada instancia de realización de la *praxis* punitiva;[96] donde esto significa: cada acto de punición co-constituye –o bien contribuye a dar forma a- una práctica colectivamente construida.[97] Desde esta perspectiva, lo que justifica la acción punitiva estatal es, en tanto reproche merecido por la comisión de un injusto culpable, aquello que *se hace* cuando se lo formula: *se confirma en sentido dinámico la Idea del Derecho* mediante la puesta en evidencia del carácter nulo de la acción delictiva.[98]

4.3. La equivalencia funcional entre deber de cooperación y deber de soportar la punición

Previamente mencionamos la importancia que tiene, en una concepción del Derecho como praxis colectivamente construida, el comportamiento conforme a Derecho. Es momento de dar contenido a esa afirmación. Para ello, debe recordarse que todo ordenamiento normativo vincula a las personas a través de deberes y que, si no quiere ahogarse la libertad del individuo, el cumplimiento de tales deberes no puede garantizarse por pura coacción estatal.[99] Por el contrario, el ordenamiento –en tanto institucionalización de la libertad- solo puede volverse *real* a través del cumplimiento libre y voluntario de esos deberes por parte de los ciudadanos.[100] Por esa razón, al comportamiento descripto como *acatamiento* de esos deberes, se le atribuye intersubjetivamente un sentido determinado: se trata de una contribución al orden de libertad del cual el ordenamiento no es más que una expresión institucionalizada. En este esquema teórico, el cumplimiento de las normas por parte de los ciudadanos es el mecanismo de

---

[96] Para decirlo brevemente, ciertos actos comunicativos -por ejemplo Pedro le dice a Juan que cierre la puerta-, poseen una dimensión ilocutiva que es *aquello que se hace* cuando se lo formula. Independientemente de su contenido y del resultado (puede ser que, finalmente, Juan no cierre la puerta), el acto comunicativo de Pedro consiste en *dar una orden* a Juan. Ese efecto (ilocutivo) es algo intrínseco y necesario del acto: la orden existe en el mundo independientemente del contenido que tenga y de si resulta posteriormente cumplida o no.

[97] Ambos "momentos" (retribución de culpabilidad que declara lo nulo del delito – confirmación del Derecho) no pueden diferenciarse, pues lo segundo constituye el efecto ilocucionario de lo primero. Por esa razón, describir a la acción punitiva como (a) el ejercicio de un derecho estatal a retribuir culpabilidad o como (b) el cumplimiento de un deber de confirmar el Derecho, solo tiene una relevancia analítica y depende de cuál sea la dimensión del fenómeno punitivo que se pretenda enfatizar. Derecho a punir y deber de imponer pena no pueden distinguirse ni en virtud de una dimensión temporal ni tampoco en virtud de su contenido, sino solo en virtud del deber-derecho correlativo que generan (el primero recae sobre el condenado -deber de tolerar la acción punitiva-, mientras que el segundo corresponde al resto de los participantes de la praxis punitiva -la ciudadanía-). Véase MAÑALICH, *Revista de Derecho y Humanidades,* (16-1), 2010, p. 66.

[98] En sentido hegeliano propio: *Aufhebung*. En lenguaje hegeliano, el término alemán *Aufhebung* – traducido comúnmente como supresión- posee un significado más preciso y, también, de carácter doble: *«significa tanto la idea de conservar, mantener, como, al mismo tiempo, la de hacer cesar, poner fin. El mismo conservar ya incluye en sí el aspecto negativo [...]»;* cfr. HEGEL, *Ciencia de la lógica.* v. 1 (la lógica objetiva), Libro 1º (la doctrina del ser), Sec. 1ª, Cap. 1, C., n. 8. Traducción al castellano de Augusta y Rodolfo Mondolfo, 5ª ed., 1982.

[99] Esto presupone aceptar, con Silva Sánchez, que las normas de conducta son algo más que un mero manual de instrucciones. Las normas de comportamiento imponen verdaderos deberes a los destinatarios y es justamente por ello que el cumplimiento de las mismas evidencia *«la dimensión contrafáctica* [que esas normas]» poseen *«al igual que en la pena»;* SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 29.

[100] En términos filosóficos: la creación de un clima de reconocimiento mutuo e inclusivo (como el que exige el Derecho) no puede quedar librado a lo institucional. La colaboración ciudadana es fundamental para su construcción. Similar, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena,* 2019, pp. 163 ss.

realización del Derecho por excelencia; dicho de un mejor modo: *tal comportamiento constituye el motor mediante el cual se pone en concordancia el concepto y la existencia del Derecho*.[101]
Por su parte, hemos dicho que un comportamiento *no conforme* a la norma se describe como elección de la alternativa contraria a dicha realización: lesión del Derecho en cuanto orden de libertad efectivamente practicado. La comisión de un injusto culpable implica la infracción de dicha norma, de manera tal que el deber, por ella impuesto, ha quedado ya irremediablemente perdido. Frente a ello, dijimos, el enunciado legal transforma el deber de cooperación del ciudadano en un deber de tolerancia punitiva, de manera tal que la prestación de confirmación dinámica del Derecho debe materializarse, ahora, a través del cumplimiento del deber que ha surgido en reemplazo del deber infringido (esto es, el deber de soportar la acción punitiva).[102]
Resulta fundamental advertir esta circunstancia: la mutación solo afecta el contenido material del deber, pero no a la prestación funcional que su cumplimiento materializa. En este sentido, el autor de un injusto culpable no pierde su carácter de ciudadano[103] y, por tanto, su deber de cooperación sigue vigente, solo que ahora se materializa mediante el cumplimiento de un deber de contenido diferente: un deber de tolerancia punitiva. En términos simples: *deber de seguimiento de la norma de comportamiento y deber de tolerancia punitiva materializan una y la misma prestación funcional*. La idea no es, al menos en su núcleo, nueva: a esto se refería ya con claridad MERKEL, al decir que:

> *«Los culpables son aquí sujetos de una obligación jurídica, en virtud de la cual deben dejar caer sobre sí [...] estas consecuencias de los delitos.* [...] *Tal exigencia jurídica viene a colocarse en el lugar de aquella otra que el mismo delito contradice, y el conjunto de sus elementos debe ofrecer,* [...], *un equivalente de esta.* [...] *Pero la obligación correspondiente aparece como una obligación, transformada, de cumplir aquellas pretensiones primarias».*[104]

---

[101] En Hegel, la Idea del Derecho es el producto de la voluntad libre de los ciudadanos responsables *ante y del* Derecho. En estos términos, *Derecho* no es más que la *existencia libre de la voluntad*. Hasta donde alcanzo, fue Silva Sánchez quien primero señaló en nuestra lengua la relevancia del comportamiento conforme a Derecho para la estabilización de expectativas como equivalente funcional de la pena. Véase, SILVA SÁNCHEZ *Normas y acciones en Derecho penal,* 2003, pp. 32-33. Pawlik afirma, en el mismo sentido, que *«solo es libre una actitud de lealtad ciudadana que no sea jurídicamente coercible»*; cfr. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger,* 2004, p. 84. En idéntico sentido, MAÑALICH, *Revista de Derecho y Humanidades,* (16-1), 2010, p. 52, al afirmar: *«La consumación de la posibilidad del derecho –esto es, para decirlo con Hegel, la realización de su* concepto *en* idea- *depende de su concreción como orden efectivamente practicado, como* ethos *de una comunidad cuyos miembros identifican reflexivamente su voluntad particular con una voluntad que ahora se sabe general en tanto concretamente objetiva».* A esto se refiere también Gerhardt al afirmar que *«el ciudadano que actúa legalmente representa de forma ejemplar la vigencia de las leyes»;* GERHARDT, *Partizipation: das Prinzip des Politik*, 2007, p. 343. En sentido contrario, MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1923, p. 35, n. 35, entiende que *«el seguimiento de la ley, el hecho del comportamiento conforme a Derecho, no es más que un fenómeno sociológico y psicológico que no resulta objeto de la ciencia jurídica».*

[102] La coacción retributiva, por tanto, no está destinada a obtener el cumplimiento del deber originalmente impuesto por la norma de comportamiento, sencillamente, porque tal deber ha sido ya infringido y, además, porque dicha infracción culpable es el presupuesto necesario para que opere la norma de sanción que habilita la coacción. Dicho de otro modo: *«lo peculiar de la coacción jurídica punitiva es que ella interviene en un momento en que el cumplimiento del deber originario por parte del destinatario de la norma ya es imposible»*; cfr. MAÑALICH, *Revista de Derecho y Humanidades,* (16-1), 2010, p. 59. Véase también al respecto, LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 25-26.

[103] La posibilidad de retirar la ciudadanía como forma de castigo por la comisión de delitos es, por ahora, algo extremadamente excepcional en la legislación y su legitimidad es ampliamente discutida. Agradezco al Prof. Ivó Coca Vila la aportación.

[104] MERKEL, A., *Derecho penal. Parte general*, 2004, pp. 177-178.

Esta idea ha sido recientemente desarrollada con mayor énfasis por diversos autores. PAWLIK ha afirmado en reiteradas ocasiones que la lesión al deber primario (concretizado en la norma de comportamiento) modifica el contenido de la obligación, pero que dicha modificación no afecta el hecho de que el cumplimiento de ambos deberes acaba produciendo una y la misma prestación.[105] En el mismo sentido, MAÑALICH concibe a estos dos deberes como equivalentes en relación a la prestación funcional que desempeñan.[106]

En resumen, según la justificación retributivo-comunicativa de la pena sostenida previamente, tres ideas parecen ser centrales: (I) El *ius puniendi* del Estado no es más que la expresión correlativa del deber de tolerancia a la punición: sin deber de tolerancia punitiva no existe facultad de ejercer el *ius puniendi*. (II) Dicho deber de tolerancia solo puede imponerse en virtud de que, mediante su cumplimiento, se materializa una determinada prestación: la confirmación dinámica del Derecho. (III) Esa prestación funcional no se logra exclusivamente (¡ni siquiera principalmente!) a través del cumplimiento del deber de tolerancia punitiva. Como hemos visto, en ello juega un papel principal el comportamiento ajustado a Derecho.[107]

A partir de este resumido marco teórico, pueden advertirse ya las *dos tesis* que sustentarán la posición sostenida en relación a la regularización tributaria. [a] Una vez surgido el deber de tolerar la acción punitiva, existen conductas alternativas del agente a las que puede ser atribuida, intersubjetivamente, la capacidad de materializar idéntica prestación funcional (es decir, confirmación dinámica del Derecho). La estructura de fundamentación de esta tesis toma como punto de partida lo siguiente: si el comportamiento inicialmente cooperativo del agente cumple esa función (contribución a la praxis jurídica), no hay por qué negársela al comportamiento posterior al hecho delictivo.[108] [b] Cuando el agente lleva adelante esta clase de conductas, su deber de tolerancia punitiva deja de ser exigible o disminuye; de forma tal que el Estado pierde o ve reducido su derecho a la formulación del reproche (el *ius puniendi* que es su expresión correlativa). Dicho de otro modo: la presencia de un equivalente funcional de la pena provoca que el Estado vea *inhibida o reducida* la posibilidad de ejercer el *ius puniendi*.

---

[105] *«[c]on la lesión a su deber primario de lealtad, se modifica en realidad el contenido de la obligación del autor a un deber secundario: el autor tiene que tolerar ahora que a su costa se confirme la indisolubilidad del vínculo entre el disfrute de la libertad y la satisfacción del deber de lealtad»;* PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger,* 2004, pp. 90-91. En su última contribución, decisivamente afirma: «los tribunales, al confirmar la autoridad que la norma lesionada por el delincuente tiene para la autocomprensión de la comunidad jurídica, **acaban produciendo la misma prestación** que los ciudadanos cuyo comportamiento es, desde un principio, conforme a Derecho»; PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance,* 2017, p. 54. El destacado es propio.

[106] En efecto, sostiene: «lo que así tiene lugar es la sustitución de la prestación ya fallida por un equivalente, a saber, por la prestación consistente en tolerar la ejecución de la pena»; MAÑALICH, *Revista de Derecho y Humanidades*, (16-1), 2010, p. 60.

[107] La realidad misma del Derecho, dijimos, depende de que el quebranto de las normas se mantenga en niveles de excepcionalidad.

[108] Si el comportamiento cooperativo del agente es el mecanismo de realización del Derecho por excelencia, el momento en que dicho comportamiento tiene lugar es irrelevante a los efectos de su capacidad prestacional. No existen razones de peso contra la afirmación de que una conducta posterior al hecho delictivo pueda ser interpretada como equivalente funcional de la pena retributiva. La existencia de instituciones jurídicas que repercuten en la sanción imponible por el delito cometido, incluidas tanto en la parte general (desistimiento de la tentativa, arrepentimiento activo, confesión, etc.) como en ciertas figuras típicas de la parte especial (regularización tributaria, evitación de propagación de incendios, etc.) evidencian esta circunstancia.

4.4. La naturaleza de la regularización tributaria: un equivalente funcional de la pena retributiva

Al inicio de esta contribución, por una parte, asumimos una posición institucionalista respecto del delito de defraudación tributaria. Tal posición revela una consonancia armónica con la concepción del injusto como infracción del deber de cooperación al mantenimiento del estado de libertades. Por otra parte, conforme a la teoría retributivo-comunicativa desarrollada en el punto anterior, también afirmamos que, una vez cometido el injusto culpable, el enunciado legal transforma el contenido material del deber exigido al ciudadano. La prestación funcional se materializa ahora mediante el cumplimiento de una obligación materialmente distinta, a saber, el deber de soportar la acción punitiva. La particularidad de la defraudación radica en que el legislador ha introducido, en el enunciado legal respectivo, una disposición según la cual el agente «***será castigado*** *con la pena de prisión de uno a cinco años…* ***salvo que hubiere regularizado****…*». Lo que propongo es más bien simple y consiste en considerar la fórmula legislativa *«será castigado… salvo que hubiere regularizado»* como un instituto propio de la norma de sanción. Esto significa: la institucionalización legislativa de una alternativa de comportamiento que, si bien tiene un contenido material distinto al deber de soportar la acción punitiva, puede considerarse funcionalmente equivalente.

Dicho de forma concreta: el comportamiento voluntario de regularizar (hacer una declaración rectificativa -mediante un procedimiento altamente formalizado que se lleva cabo ante el Estado- y pagar la cuota tributaria -junto con los intereses de demora y los recargos-) resulta funcionalmente equivalente al cumplimiento del deber de soportar la acción punitiva. Y tal equivalencia funcional se fundamenta en que ambos (regularización – deber de soportar la pena) se interpretan –intersubjetivamente- como el *reconocimiento positivo de la norma previamente quebrantada por el autor*.[109]

Concebir la regularización tributaria como un equivalente funcional de la pena retributiva produce cambios importantes en los elementos del instituto. En concreto, voluntariedad (causas de bloqueo), reconocimiento de la deuda y la exigencia del pago adquieren aquí una nueva dimensión, pues ya no están bajo el espectro lumínico de la norma de comportamiento, sino que se llenan de contenido a partir de la función atribuida a la norma de sanción. Según creo, esos cambios ayudan a que la regularización tributaria encuentre un lugar más cómodo dentro del sistema punitivo, de manera tal que la aplicación práctica del instituto y, en consecuencia, la resolución de los casos resulte más satisfactoria.

a. El carácter voluntario del comportamiento regularizador. Las causas de bloqueo como factores coercitivos

Si se considera a la regularización tributaria como un equivalente funcional de la pena retributivo-comunicativa, la voluntariedad adquiere un papel central, pues debe recordarse que el Derecho, en este esquema, no es más que el producto de la voluntad *libre y racional* de los sujetos que intervienen en su construcción y desarrollo.[110] Por esa razón, el núcleo de la regularización tributaria está en el común denominador de las dos acciones que la componen

[109] Debe recordarse que, desde el punto de vista hegeliano, es precisamente ese reconocimiento positivo lo que constituye el núcleo de su "justificación objetiva" de la pena.

[110] Véase *supra*, punto 4.2.

(reconocimiento y pago de la deuda): su carácter voluntario.[111] La pregunta clave es, entonces: ¿qué significa que este comportamiento sea voluntario y cuándo deja de serlo?

Una respuesta consistente a esa cuestión no ha sido desarrollada por la doctrina en el ámbito de la regularización tributaria, limitándose a concebir las causas de bloqueo como *requisitos negativos*. Fuera de esa consideración y hasta donde alcanzo, la doctrina especializada no menciona más que dos cuestiones básicas sobre la idea de voluntariedad. En relación a la primera, la opinión es unánime: la voluntariedad de la regularización es un concepto que, indefectiblemente, requiere ser normativizado y no equiparado a la ausencia de motivos abyectos.[112] Entendido como equivalente funcional de la pena, esta premisa resulta compartible, pues tampoco los motivos abyectos o egoístas por los cuales el ciudadano se comporta conforme a Derecho son relevantes para atribuirle, desde el punto de vista intersubjetivo, capacidad contributiva. La segunda ha sido recientemente mencionada por LANDERA LURI: *«la voluntariedad [...] se identifica [...] con la ausencia de coacción».*[113] Entender la voluntariedad como ausencia de coacción es un primer paso, pero no nos da una idea suficiente y acabada de lo que el requisito significa.[114] La pregunta sigue en gran parte vigente: ¿qué significa que el comportamiento sea *libre y voluntario*?

A diferencia de lo que sucede respecto de la regularización tributaria, esta pregunta ha sido clave en materia de desistimiento de la tentativa. Por ello -sin entrar en profundidad en esta cuestión- creo que puede ser fructífero recurrir a algunas de las ideas desarrolladas respecto de este instituto dogmático. El carácter libre de una acción, en el sentido que aquí interesa y puesto en palabras de AMELUNG, «*describe una posibilidad socialmente garantizada de actuar sin el influjo indeseado de otros sujetos o de otros factores de influencia».*[115] Por tanto, para afirmar que una conducta es producto de una voluntad libre resulta preciso indicar: [a] *las acciones* para las cuales se le garantiza al sujeto libertad; como también [b] *los factores* cuya *influencia* debe ser eliminada para que esas acciones puedan ser consideradas libres y voluntarias.[116] A partir de aquí, AMELUNG distingue dos cosas: por un lado, *el estado de independencia* que ciertos modos de actuación ostentan respecto de determinados *«factores coercitivos»* (lo que denomina *«libertad de»* o «*Freiheit wovon»*); por otro, *la capacidad del sujeto* para ejercer la acción que se supone voluntaria por ser producto de ese estado (a lo cual denomina *«libertad para»* o *«Freiheit wozu»*).

---

[111] Véase *supra*, punto 2.

[112] BRANDARIZ GARCÍA, *Estudios Penales y Criminológicos*, (24), 2003, pp. 87 ss., IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria,* 2003, p. 308. Este alejamiento, a pesar de lo sugerido por ciertos autores, no implica un problema para toda fundamentación penal del instituto ni tampoco para su categorización como equivalente funcional de la pena. Tal normativización solo se encuentra en tensión con la fundamentación jurídico penal cuando se adopta una tesis preventivo especial positiva de la pena. En el mismo sentido, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria,* 2003, pp. 178 ss., entiende que la normativización de la voluntariedad no es obstáculo para continuar afirmando una fundamentación jurídico–penal de la cláusula de regularización.

[113] LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas*, 2018, pp. 122 s.

[114] En referencia al desistimiento, pero en idéntico sentido, AMELUNG, «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *ZStW*, (120), 2008, p. 221; EL MISMO, «Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten», *NStZ*, (6), 2006, pp. 317 ss.

[115] AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, p. 222.

[116] La distinción proviene de Welzel y fue utilizada en el ámbito del desistimiento de la tentativa por GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei Tätigen Reue,* 1963, p. 140; y luego en el ámbito del consentimiento justificante por AMELUNG, *NStZ,* (6), 2006, p. 318.

En este marco, *voluntario* es aquel acto para cuya realización el agente ostenta un cierto estado de independencia con respecto a determinados factores coercitivos.

> Si se toma como ejemplo el juicio de culpabilidad, la *«libertad de»* es generalmente especificada por los ordenamientos jurídicos, mediante el establecimiento de factores coercitivos. Tales factores, perturban la libertad necesaria para que la acción del agente pueda ser caracterizada –a los fines de la culpabilidad- como voluntaria. Por su parte, en este caso, la *«libertad para»* se refiere a la *capacidad* que tiene el agente de cumplir con las normas jurídicas sin verse obstaculizado por la presencia de esos factores.

Traslademos este esquema a la regularización tributaria: para considerarla voluntaria se requiere (a) especificar las *acciones* para las cuales el sujeto debe gozar de una libertad garantizada, así como también (b) los *factores coercitivos* que deben estar ausentes para que dichas acciones se consideren voluntarias. A diferencia de lo que ocurre con el desistimiento de la tentativa,[117] en el caso de la regularización tributaria resulta que el legislador español sí ha especificado ambas cuestiones: las *acciones* son el *reconocimiento y pago* de la deuda, mientras que los *factores coercitivos* vienen representados por aquello que la doctrina denomina *«causas de bloqueo»*. De las acciones nos ocuparemos luego. Aquí lo importante es dejar claro lo siguiente: el establecimiento de "causas de bloqueo" que restringen la posibilidad de regularizar significa, simplemente, que el legislador ha especificado los factores coercitivos respecto de los cuales las acciones *podrían no exhibir* el estado de independencia requerido (*libertad de*) y, en consecuencia, el sujeto no ejercería esa acción de forma libre (*libertad para*). A *contrario sensu*, si el comportamiento del agente tiene lugar en ausencia de la influencia material de esos factores coercitivos, necesariamente debe considerarse voluntario y se le concede el efecto regularizador.

Entendidas las causas de bloqueo como factores coercitivos que irritan la voluntariedad del acto, es preciso revisar la posición estrictamente formalista sostenida por la doctrina y jurisprudencia dominante. En mi opinión, la *concurrencia formal* de un factor coercitivo no anula (automáticamente) la posibilidad de regularización tributaria. Concebirlas como *límite temporal* estrictamente formal no es del todo acertado, pues no resulta consecuente con el carácter voluntario que constituye el eje del comportamiento regularizador. Si la regularización es un equivalente funcional de la pena retributiva, entonces las denominadas "causas de bloqueo" no representan límites temporales estrictos –*deadlines*-, sino *factores coercitivos* cuya concurrencia *puede* perturbar el carácter voluntario del comportamiento regularizador. Su concurrencia meramente formal no basta para eliminar la voluntariedad de la regularización, pues la disminución de libertad del agente no se produce, *ipso facto,* con su simple advenimiento. Lo dicho, debe advertirse, no significa reemplazar la notificación formal por conocimiento material, sino encontrar un sistema equilibrado para ambas cuestiones.

A partir de esta nueva perspectiva, según creo, el procedimiento para afirmar el carácter voluntario del comportamiento bien podría llevarse a cabo en dos pasos: el primero consiste en analizar la *concurrencia objetiva* de un factor coercitivo; el segundo, en establecer si tal concurrencia se ha materializado en una *influencia concreta* sobre la conducta del defraudador. De esta manera, el carácter voluntario del comportamiento no solo puede afirmarse en

[117] El legislador determina –de forma genérica- los comportamientos a realizar (abandono de la ulterior ejecución o impedimento de la consumación), pero no los factores coercitivos que irritarían la voluntariedad de esas acciones.

ausencia objetiva de factores coercitivos, sino también por la ausencia de influencia material de los mismos sobre el comportamiento regularizador. Brevemente: si el elemento clave de la regularización –en tanto equivalente funcional de la pena- está en su carácter voluntario y las causas de bloqueo son factores coercitivos que pueden afectar el carácter libre de la acción, entonces su mera concurrencia objetiva no excluye, *per se*, el carácter voluntario de esas conductas. Es posible que, en caso de concurrencia formal del factor coercitivo, el sujeto acredite que dicha presencia objetiva no se ha visto materialmente reflejada en su comportamiento (*i.e.*, que no se ha materializado como un factor de influencia jurídicamente relevante).

> Por tratarse de factores especialmente previstos y de carácter eminentemente formal, esto será difícil de acreditar, en especial en aquellos casos donde el factor coercitivo se produce en sede administrativa mediante la notificación de la existencia de actuaciones administrativas. Sin embargo, no se trata de supuestos meramente teóricos, pues existen casos en donde el sujeto comparece ante la Administración y declara su voluntad específica de regularizar, pero sin poder aportar todavía los datos necesarios acerca de la defraudación cometida, comprometiéndose a aportarlos cuando le sea factible.[118] Si luego de expresar claramente su voluntad de regularizar pero antes de que formalmente se produzca dicha regularización, se presenta un factor coercitivo, sería posible acreditar que dicho factor no ha ejercido una influencia material sobre la voluntariedad. Si así lo hiciera, entonces el comportamiento también debe considerarse una regularización voluntaria.

Más problemático resulta el caso inverso, a saber, la ausencia *formal* del factor coercitivo que concurre con la presencia material de conocimiento de su existencia por parte del autor de la defraudación. Me refiero a los casos en los que el autor ha tomado conocimiento de que existen factores coercitivos por otra vía distinta a las previstas en el art. 305.4 CP.[119] La pregunta es qué hacer cuando el sujeto tiene conocimiento material sobre la concurrencia de los factores distorsivos, pero realiza actos de regularización *antes* de que se curse la notificación formal. Aquí caben, en principio, dos respuestas posibles:

(I) Si se considera que la estructura de análisis de la voluntariedad -compuesta por dos pasos- es de carácter *rígida*, entonces tales actos deberán considerarse, en todo caso, voluntarios y constitutivos de regularización. En efecto: si la única forma de llegar al paso dos es haber obtenido una conclusión positiva en el paso uno, entonces solo existe posibilidad de entrar a considerar la influencia material del factor coercitivo cuando este concurre formalmente. Esto es precisamente lo que hace la doctrina mayoritaria al entender las causas de bloqueo como un catálogo cerrado.[120]

---

[118] Una situación parecida tuvo lugar ante el Tribunal Económico Administrativo Central el día 28 de abril de 1993 (véase LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas,* 2018, p. 101). También puede pensarse en los casos en que la Administración *da por notificado formalmente* al sujeto.

[119] Salvo para el caso de interposición de querella o denuncia, en la que el texto legal parece no requerir notificación.

[120] En este sentido, la STS 746/2018, ponente Del Moral García, señala en su argumento tercero que «Un requerimiento o notificación formal resulta imprescindible para que opere la causa de bloqueo. El sujeto ciertamente podría haber llegado a conocer el inicio de las actuaciones inspectoras por una vía distinta, y regularizar con urgencia antes de recibir la notificación oficial. Pese a no existir espontaneidad, en ese supuesto deberá respetarse el resultado desincriminador porque lo señala así la ley en pro de la seguridad jurídica».

(II) Si se considera, por el contrario, que la estructura de análisis es *flexible*, entonces podrían existir casos en los que, pese a la no concurrencia formal de un factor coercitivo, los actos de regularización se consideren ineficaces por haberse visto materialmente perturbado su carácter voluntario.

En mi opinión, creo que sería posible inclinarse por una estructura flexible siempre que la carga de la prueba se haga recaer sobre quien alega la falta de voluntariedad del comportamiento regularizador del agente. Esta solución resultaría coherente con el hecho de conceder al autor de la defraudación la posibilidad de que, pese a la concurrencia formal del factor coercitivo, pruebe que su regularización fue voluntaria (que el factor coercitivo no ha perturbado materialmente su voluntariedad). En términos simples: así como la concurrencia formal de un factor distorsivo no le impide al agente demostrar que su regularización fue voluntaria, la *no* concurrencia formal de los mismos tampoco impide al Estado demostrar su efectiva influencia material.

> De hecho, esto es precisamente lo que hace la normativa alemana, en tanto el § 371.(2).2 [*Abgabenordnung*] establece que no se libera de pena cuando la autoridad haya descubierto total o parcialmente el hecho delictivo (elemento objetivo) y el sujeto tuviera conocimiento de ello (elemento subjetivo) o que, en función de una razonable apreciación de las circunstancias, pueda concluirse que *debió tener conocimiento de ello* (normativización del elemento subjetivo). La normativización concede a la Administración la posibilidad de demostrar que, pese a no haber sido formalmente notificado de la existencia de las actuaciones, el autor (en función de las circunstancias fácticas del caso) *debió tener conocimiento* de que el hecho delictivo había sido total o parcialmente descubierto. La norma pretende asegurar el carácter verdaderamente voluntario del instituto, por lo que en este caso, a pesar de no haber sido notificado formalmente, la regularización no se considera voluntaria.[121]

En suma, inclinarse por una estructura flexible permitiría acreditar la influencia material de un factor coercitivo a pesar de su no concurrencia formal. Desde el punto de vista práctico, esto impediría ciertas consecuencias político criminales insatisfactorias, como las que reveló el caso Neymar.[122] Al mismo tiempo, se cerraría la puerta de la regularización a los defraudadores que, teniendo conocimiento material sobre la existencia de las actuaciones, realizan maniobras dilatorias dirigidas a evitar que la notificación de las mismas se haga efectiva. Por último, al

---

[121] También sugiere una interpretación de las causas de bloqueo más acorde a la legislación alemana, MARTÍNEZ BUJÁN, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social,* 1995, p. 183.

[122] En el verano del año 2013, con ocasión del fichaje del futbolista Neymar, el FC Barcelona realizó una serie de negocios jurídicos que aparentaban ser operaciones mercantiles con ciertas sociedades administradas por el padre del jugador. En verdad, tales sociedades operaban como intermediarias y las supuestas operaciones mercantiles no eran más que los pagos que el FC Barcelona realizaba al jugador en concepto de retribuciones laborales, pero que de esa forma se fragmentaban para mantener oculta la verdadera suma de la retribución laboral, eludiendo así el impuesto sobre la renta de no residentes. Luego de haberse presentado una denuncia *contra el presidente y los directivos* del FC Barcelona por los delitos de apropiación indebida y administración desleal, en febrero de 2014 el Ministerio Fiscal instó la investigación, produciéndose la imputación de la *persona jurídica* FC Barcelona el día 20 de febrero de 2014. Cuatro días después de la imputación, el FC Barcelona efectuó el ingreso extemporáneo de las retenciones por una suma de más de 13,5 millones de euros. El FC Barcelona –en tanto persona jurídica- fue condenado, pero se vio beneficiado por la atenuante de reparación del daño. Por el contrario, los directivos inicialmente denunciados fueron exonerados de responsabilidad penal porque se consideró que, a su respecto, se trataba de una regularización tributaria realizada de forma "voluntaria", pues dichas personas físicas no habían sido hasta ese momento imputados y "no se apreciaba ninguna causa de bloqueo".

concebir la regularización como un comportamiento funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva, debe tratarse de un comportamiento estrictamente personal. Con ello se podría impedir que la impunidad de la regularización tributaria alcance al *administrador defraudador* (punible en función del art. 31 CP) que fue posteriormente suplantado por el *administrador regularizador* (quien llevó adelante la regularización tributaria por nombre y cuenta de la empresa).[123]

b. El reconocimiento de la deuda

El reconocimiento y pago de la deuda constituyen las dos acciones que, según el legislador, se requieren para la regularización tributaria. Concebido el instituto como equivalente funcional de la pena retributiva, la pregunta es la siguiente: ¿qué características tienen o deben tener esas acciones, a las que se les atribuye intersubjetivamente la capacidad de realizar la prestación funcional tradicionalmente asignada al cumplimiento del deber de tolerancia punitiva?

El esquema aquí propuesto obliga a modificar la interpretación sobre el acto de reconocimiento que hace el obligado tributario. Este acto no debe entenderse como el cumplimiento extemporáneo del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento. Aquí, tal conducta permite evidenciar la comisión del delito mediante el reconocimiento de su consecuencia central: la deuda tributaria. Se trata de la realización de un acto, conforme a Derecho, mediante el cual el autor de la defraudación *reconoce* la comisión de un injusto culpable y determina los contornos fácticos del mismo. Lo que debe hacer el autor es seguir el procedimiento formal para presentarse ante la Administración, hacerle saber cuándo y cómo ha sido por él defraudada, así como también cuáles son las consecuencias de dicha defraudación. Esto podría explicar, de forma más coherente, el cambio legislativo efectuado: el objeto del reconocimiento no es la cuota tributaria (ese era el objeto del inicial deber de cooperación), sino la deuda tributaria (cuota tributaria, intereses de demora y demás recargos) originada por la comisión del delito tributario anterior. Este objeto, en tanto incluye intereses y recargos, solo puede existir en virtud de la previa comisión de una defraudación. Quien reconoce la existencia de una deuda tributaria, mediante regularización, está revelando el origen de esa deuda: la existencia de un delito de defraudación tributaria. No se trata de requisitos que se refieran al original deber de cooperación, sino de una declaración veraz que pone en evidencia cómo se manipularon previamente los datos relevantes para la tributación.

Es a partir de esta línea que deben interpretarse las exigencias de veracidad, precisión y completitud del reconocimiento y desde donde puede exigirse un mayor grado de formalidad al procedimiento de la regularización. Lo que el agente debe reconocer en forma *veraz y completa* es la *deuda tributaria producto del fraude* a la Administración. La clave de este acto no está en la utilidad que pueda presentar en términos fiscales, sino en la comunicación socialmente relevante, por parte del autor, de que ha cometido un injusto culpable merecedor de pena. En este sentido, el reconocimiento de la deuda se asimila más al instituto de la confesión (y no al

[123] Agradezco al Prof. Ricardo Robles haber puesto de relieve esta cuestión. Esta problemática requiere determinar primero quién es el obligado tributario, qué relación existe entre dicho obligado y los administradores y cuál es el fundamento por el cual se puede castigar a los administradores por los hechos del obligado tributario. La consideración detallada de estas cuestiones ameritaría un trabajo independiente.

de la reparación) pues, tal como afirma SILVA SÁNCHEZ, la confesión *«contiene un importante elemento simbólico de negación del delito y, en esa medida, muestra una dimensión comunicativa (de reafirmación del Derecho)»*.[124]

c. El pago

Los esquemas de fundamentación de la regularización tributaria previamente analizados resultan, en este punto, deficitarios: ninguno de ellos logra explicar, de forma coherente, la exigencia del pago de la deuda tributaria.

> Quienes sostienen el fundamento fiscal puro, afirman que este acto resulta innecesario para conceder la exoneración de pena.[125] Aquellos que se pronuncian en favor de un fundamento jurídico penal y participan de la visión patrimonialista de la defraudación, equiparan el pago con la reparación del daño a la víctima del art. 21.5 CP. Ya hemos visto que esta equiparación entre reparación y regularización tributaria resulta difícil de sostener, pues el legislador no requiere la voluntariedad para considerar viable la reparación como atenuante de la pena. Por su parte, quienes entienden que el bien jurídico protegido por el delito de defraudación es el correcto desempeño de la función recaudadora, conceden en general un fundamento mixto a la regularización (penal-tributario). En esta línea, el pago solo puede fundamentarse como mecanismo de recaudación y, por tanto, implica una instrumentalización del Derecho Penal. Por esta razón, dentro del sector funcionalista, algunas voces abogan por eliminar este requisito. Sin embargo, la propuesta en este punto no es convincente: la regularización tributaria no puede quedar reducida a un reconocimiento de la comisión de un delito. El instituto requiere que el deber cumplimentado por el autor del delito tributario, de forma voluntaria y mediante un procedimiento altamente formalizado, incluya ambas cuestiones: reconocimiento y pago. Ambos elementos deben encontrar un lugar coherente y armónico en la interpretación del instituto.

Concebida la regularización como equivalente funcional de la pena retributiva, el pago debe contemplarse desde una dimensión diferente. Recuérdese que, una vez cometido el delito de defraudación tributaria, el enunciado legal transforma el deber originario en un deber de soportar la acción punitiva.[126] En el delito de defraudación tributaria, hemos dicho, la regularización desempeña el papel de alternativa institucionalmente reconocida a ese deber de soportar la punición; es decir, la regularización no pertenece a la dimensión de la norma de comportamiento, sino a la norma de sanción. Dado que el pago es un elemento de la regularización, su objetivo no está en la protección de bienes jurídicos: el pago no es una reparación destinada a salvaguardar un bien jurídico determinado.

---

[124] SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 123. Esta orientación parece encontrar un mejor lugar donde acomodar el reconocimiento, en tanto la esencia de la confesión radica también en su carácter voluntario y espontáneo, pues ese comportamiento debe realizarse *antes* de conocer el culpable que el procedimiento se dirige contra él. Según GARRO CARRERA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria,* 2008, p. 101, *«La operatividad de la atenuante de confesión se halla supeditada a un especial valor de la conducta del infractor.* [...] *Lo decisivo es que la confesión se produzca en tiempo oportuno y que revista una cierta espontaneidad».*

[125] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 93 ss. Esto no significa que estos autores pretendan dejar impago el tributo. Solo se dice que, desde una perspectiva funcionalista del bien jurídico, lo verdaderamente relevante es la información para la determinación de la deuda, no el pago de la misma.

[126] Véase, *supra,* punto 4.3.

Como parte de un instituto que pertenece a la norma de sanción, cuya justificación se ha asentado aquí en una teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva, el pago no puede vincularse a la función tributaria. El pago de la deuda tributaria constituye, conforme lo aquí desarrollado, un requisito que *garantiza la capacidad expresiva* del comportamiento funcionalmente equivalente, es decir, debe contemplarse como un requisito derivado de la teoría expresivo-comunicativa de la pena. En esta línea, la *pregunta genérica* es la siguiente: ¿por qué es necesario exigir ciertos requisitos al comportamiento para atribuirle, intersubjetivamente, la capacidad de desempeñar la prestación retributiva? La *pregunta específica*: ¿por qué el *pago* de la deuda es una de esas exigencias en el caso de la regularización tributaria?

Respecto de la pregunta genérica, la respuesta radica en el déficit estructural de credibilidad que, en virtud de la previa infracción al deber de cooperar, tiene todo comportamiento posterior al hecho. En breve: dado que el sujeto ya ha expresado -mediante la violación de la norma de comportamiento- una toma de posición contraria al deber de cooperar en la construcción de la praxis colectiva, este nuevo comportamiento aparece, desde el punto de vista comunicativo, como contradictorio. Por esa razón, para asignarle capacidad expresiva plena, el legislador rodea de ciertos formalismos y exigencias a la conducta.

Asumido que la prestación retributiva consiste en la confirmación dinámica (auténtica realización) del Derecho, la pregunta por la exigencia del pago en la regularización tributaria puede precisarse un poco más: ¿por qué el pago voluntario de la deuda es requisito necesario para interpretar a la regularización como comportamiento capaz de llevar hacia delante (*vollziehen*) la praxis colectiva que llamamos Derecho? En tanto equivalente funcional de la pena retributiva, la exigencia del pago está destinada a garantizar la credibilidad del mentís formulado por el agente. En este sentido, mediante el pago, el autor refuerza la credibilidad de su toma de posición, pues se desprende de los bienes que simbolizan el exceso de libertad que él mismo se ha arrogado, de forma antijurídica, mediante la defraudación. La credibilidad aumenta porque el autor elimina de su esfera de libertad aquello que posee apariencia de legalidad pero es antijurídico, de manera tal que *hace coincidir la situación fáctica con lo verdaderamente jurídico de su patrimonio*.

> Valga el siguiente parangón: el ciudadano que, parado en la plaza pública, grita: *¡la norma del homicidio no vale para mi!,* no infringe la norma de comportamiento y, por tanto, no lesiona (en sentido penalmente relevante) la vigencia del Derecho. La toma de posición contraria al deber de cooperación solo interesa en la medida en que dicha toma de posición tenga lugar mediante la infracción de la norma de comportamiento. Del mismo modo, una vez que el sujeto ya ha tomado posición contraria al deber de cooperación –mediante el quebrantamiento culpable de la norma-, el legislador ha entendido que un mero reconocimiento de la infracción no resulta suficiente para que tal comportamiento posterior sea intersubjetivamente interpretado como capaz de desempeñar la prestación retributiva. Al menos no con la intensidad suficiente para lograr inhibir por completo la facultad punitiva del Estado.

Una pregunta adicional es si esa coincidencia fáctica se podría lograr mediante un medio distinto a la entrega de dinero a la administración. Formulado de otro modo: si lo relevante es que el agente acomode *fácticamente* su patrimonio a lo jurídicamente exigido, ¿por qué le exigimos que entregue el dinero a la administración? Un defraudador anarco-capitalista, como parte de su desprecio al Estado, podría argumentar que un acomodo fáctico de su patrimonio se

logra también si, en lugar de entregárselo a la Administración, quema el dinero.[127] En definitiva, la pregunta aquí es si *el modo* en que el agente materializa ese acomodo fáctico resulta o no relevante para concederle, a su comportamiento, el estatus de equivalente funcional.

En mi opinión, la respuesta a esta cuestión no puede ser más que afirmativa. Los equivalentes funcionales de la pena retributiva no encuentran fundamento en la facticidad pura -en este caso la disminución del patrimonio del autor- sino en la capacidad comunicativa que esa disminución fáctica tiene. Nuevamente, no se trata de sustrato sino de sentido asignado a un sustrato. Y para que dicha asignación de sentido pueda tener lugar, existen un conjunto de condiciones que no pueden obviarse. Un ejemplo cinematográfico puede ser esclarecedor: si un tercero priva de libertad al autor de un delito (frente a la inacción del Estado), aun cuando sea durante el tiempo de la condena que le correspondería, dicha privación de libertad no puede entenderse como equivalente funcional de la pena sino como delito de privación ilegítima de libertad.[128] El procedimiento estatal y formal dispuesto por el legislador, tanto para las acciones punitivas como para sus equivalentes funcionales institucionalizados, resulta constitutivo del sentido comunicativo que dichas acciones poseen. Sin ese marco institucional y formal, el sentido punitivo no existe como tal.

Aclarado esto, el requisito del pago adquiere pleno sentido, en tanto se trata de un acto a través del cual el agente pone en conformidad con el Derecho aquello que constituye -en todo ordenamiento asentado sobre la idea autodeterminación- un símbolo indiscutible de la libertad jurídicamente garantizada: el patrimonio. Con el acto de acomodar [de manera voluntaria y siguiendo el procedimiento establecido para ello] su propia esfera de libertad a lo reconocido por el Derecho, el autor *expresa la indisolubilidad formal del vínculo entre el disfrute de la libertad y la cooperación en el mantenimiento de la misma*. En los términos ya expresados: *pone en concordancia el concepto con la existencia del Derecho.* Por esta razón, el reconocimiento y el pago son necesarios para afirmar que la regularización tributaria y el cumplimiento del deber de soportar la acción punitiva consiguen una y la misma prestación: confirmación dinámica de la praxis jurídica.

Así las cosas, *con el reconocimiento y pago de la deuda tributaria* –siempre que se realice mediante los canales institucionalizados previstos para ello- *el autor expresa que el ordenamiento jurídico continúa siendo (¡también para él!) un espacio de racionalidad práctica institucionalizada en el que alcanzar la libertad real.* Tanto es así, que el agente ha delineado los contornos fácticos del hecho delictivo cometido y ha acomodado voluntariamente su esfera de libertad –mediante la modificación fáctica de uno de los símbolos indiscutibles de la misma- a lo que resulta jurídicamente exigido. Con ello, el autor demuestra que todavía se puede contar con su contribución a la Idea del Derecho; en palabras de Hegel, a la *«libertad, conformada en realidad de un mundo»*.[129]

---

[127] Agradezco al Dr. Ivó Coca Vila la observación.

[128] *El secreto de sus ojos*, 2009, Dir. Juan José Campanella.

[129] *«Freiheit, zur Wirklichkeit einer Welt gestaltet»;* HEGEL, «Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III», en EL MISMO, *Werke* (n. 62), p. 303. La cita ha sido tomada de PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance,* 2017, p. 35, n. 158.

5. Conclusiones

1. El estado de la cuestión doctrinal, respecto de la naturaleza jurídica y el fundamento de la regularización tributaria, presenta deficiencias importantes.

1.1. En relación con la naturaleza jurídica del instituto:

+ Afirmar que se trata de un elemento negativo del tipo, acarrea numerosos problemas dogmáticos (prescripción, error, etc.) y transforma la figura típica en una omisión de garante por injerencia derivada de un acto atípico. Su comprensión como caso de *desistimiento post-consumativo*, por su parte, presenta dos problemas fundamentales: [a] duplica innecesariamente los conceptos de injusto (un injusto *aparente o provisionalmente consumado* y un injusto *definitivamente consumado*). No se advierte que tal duplicación presente muchas ventajas, pues el injusto aparente no es *tan aparente* (es el injusto relevante para la prescripción, la participación punible y las acciones justificadas) y, por tanto, la regularización (como causa de exclusión del segundo tipo de injusto) tiene como único efecto impedir la aplicación de pena (por lo que, en sus consecuencias, no difiere del tradicional planteo); [b] duplica también los desistimientos posibles, generando contradicciones valorativas (si la regularización es un desistimiento *post-consumativo*, nunca podría tener consecuencias más beneficiosas que el desistimiento *pre-consumativo*).

+ La regularización tributaria, como causa de exclusión de la antijuridicidad, es un instituto lógicamente imposible: una permisión y el correspondiente deber de tolerancia que generaría para los terceros (aun cuando sea fundado en solidaridad) no pueden tener origen en la realización previa y dolosa de una acción típica por parte del mismo agente autorizado.

+ Tampoco se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal, pues estas nada tienen que ver con el comportamiento voluntario del agente.

+ Afirmar que constituye una causa de supresión de la pena es, por último, tan correcto como vacío de contenido.

1.2. En relación al fundamento de la regularización tributaria:

+ El fundamento fiscal no puede explicar el carácter voluntario de la regularización.

+ El fundamento penal, siempre que se lo asiente en una teoría preventiva (y mixta) de la pena, no resulta compatible con una posición institucionalista de la defraudación tributaria y tampoco puede explicar adecuadamente la exigencia del pago.

+ Las teorías mixtas, por su parte, generan contradicciones insalvables.

2. El artículo propone una reconstrucción del instituto bajo la hipótesis de que: [a] su naturaleza jurídica es la de ser un *equivalente funcional de la pena retributiva* (no elimina el carácter de injusto culpable de la previa defraudación, pero inhibe la posibilidad estatal de imponer pena por tal delito); y [b] su fundamento, por tratarse de un equivalente funcional de la pena, debe ser obtenido a partir de una teoría de la justificación de la praxis punitiva en clave retributivo-comunicativa.

3. Para la justificación retributivo-comunicativa de la praxis punitiva, es primordial comprender el Derecho como una construcción dinámica y colectiva (una praxis agencial). En este marco. El Derecho, como orden de libertad efectivamente practicado, solo es posible a

través del cumplimiento, libre y voluntario por parte de los intervinientes, de los deberes impuestos por las normas de comportamiento. Por esa razón, el *acatamiento voluntario* de tal norma representa una contribución fundamental: es el mecanismo por el cual se pone en concordancia *el concepto y la existencia* del Derecho. Su infracción, el incumplimiento del deber de cooperación que denominamos injusto culpable.

4. Una vez infringido el deber de cooperación (cometido el delito), la confirmación dinámica de tal praxis jurídica debe producirse de otro modo. Para ello, la norma de sanción transforma el original deber de cooperación en un deber de soportar la punición estatal. Esto significa: la prestación funcional de las acciones punitivas, en tanto acto comunicativo de reproche, consiste en la *confirmación dinámica* de la praxis colectiva. No se trata de mantener, sino de *contribuir en la construcción* del Derecho a través del reconocimiento recíproco. Si se toma como punto de referencia la prestación retributiva, comportamiento conforme a Derecho y deber de tolerancia punitiva son, entonces, funcionalmente equivalentes. En este marco, se abre la puerta para considerar otros casos de equivalencias funcionales.

5. La regularización tributaria se concibe como la institucionalización legislativa de un comportamiento materialmente distinto pero funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva. Cumplida la prestación funcional mediante la regularización, ese deber de soportar la punición deja de ser exigible (o disminuye), por lo que el Estado pierde (o ve reducida) la facultad de ejercer la acción punitiva.

6. Concebir la regularización tributaria como equivalente funcional de la pena nos provee una justificación y explicación más armónica de los requisitos del instituto:

6.1. Se reconoce el papel central de la voluntariedad (el Derecho no puede ser *real* si no es el producto de una voluntad *libre y racional*). Tal juicio de voluntariedad requiere precisar: [a] *las acciones* (*«libertad para»*/*«Freiheit wozu»*); [b] *los factores coercitivos* respecto de los que las acciones deben exhibir un estado de independencia (*«libertad de»*/*«Freiheit wovon»*). Las acciones son "*reconocimiento y pago"* de la deuda. Los *factores coercitivos* son las denominadas *causas de bloqueo*. La posición estrictamente formalista debe matizarse y favorecer la formulación de un juicio de voluntariedad mediante una estructura dual y flexible (*concurrencia objetiva* e *influencia material concreta*). Esto daría lugar a dos casos de discordancia: [a] concurrencia formal del factor coercitivo pero ausencia de influencia material sobre la regularización (que deberá ser acreditada por el agente); [b] ausencia formal del factor coercitivo pero influencia material de su existencia sobre la regularización (que deberá ser acreditada por el Estado).

6.2. El reconocimiento y pago de la deuda son las acciones exigidas por el legislador a fin de que el comportamiento pueda desempeñar la prestación retributiva. No se trata de un cumplimiento extemporáneo del deber originario, sino de mecanismos de expresión objetivada para suplir el déficit de credibilidad intrínseco del mentís que supone la regularización tributaria. Reconocimiento y pago de la deuda tributaria pueden considerarse expresión de una voluntaria contribución a la construcción del espacio de racionalidad práctica institucionalizada (que llamamos Derecho) como mecanismo para alcanzar la libertad real. Con el reconocimiento, el autor de la defraudación admite la comisión de un injusto culpable y determina sus contornos fácticos mediante el esclarecimiento de su consecuencia central: la deuda tributaria. El pago, por su parte, incrementa la credibilidad de la toma de posición

favorable al Derecho y, con ello, refuerza la capacidad expresiva del comportamiento funcionalmente equivalente. La credibilidad aumenta porque el autor hace coincidir la situación fáctica con lo verdaderamente jurídico y, con ello, pone en concordancia el concepto con la existencia del Derecho.

6. Bibliografía

ALONSO GALLO (2013), «El delito fiscal tras la ley orgánica 7/2012», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), pp. 15 ss.

ÁLVAREZ MORENO (1996), «Los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Tribuna Social*, (67), pp. 38 ss.

AMELUNG (2008), «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (120), pp. 205 ss.

———— (2006), «Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* (6), pp. 317 ss.

BACIGALUPO ZAPATER (2013), «La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007», *Diario La Ley*, (8076).

———— (2000), *Principios de Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., Akal, Madrid.

———— (1997), «El delito fiscal», en DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia.

BERMAN (2016), «Modest Retributivism», *Faculty Scholarship,* (1496).

BINDING (1877), *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, 1ª ed., Alfred Holder, Viena.

BLOY (1976), *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Duncker & Humblot, Berlín.

BRANDARIZ GARCÍA (2003), «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXIV), Cursos e Congresos, (143), Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.

BUSTOS RUBIO, (2016) *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

———— (2015), «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXXV), pp. 189 ss.

CEFFINATO (2017), *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung,* Mohr Siebeck, Tubinga.

CHAZARRA QUINTO (2002), *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CHOCLÁN MONTALVO (2016), *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones,* 2ª ed., Bosch, Barcelona.

CIGÜELA-SOLA (2019), *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena,* Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2017), «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret. Revista para el análisis del Derecho,* (2), 2017.

COCA VILA (2016), *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución,* Atelier, Barcelona.

——— (2019), «Protección de las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», Tema 17, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico,* Atelier, Barcelona.

DAVID (2009), *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad,* Marcial Pons, Buenos Aires.

DE LA MATA BARRANCO (2016), «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones viejas y nuevas, todavía controvertidas», *Revista General de Derecho Penal,* (26).

DE VICENTE REMESAL (1985), *El comportamiento postdelictivo*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de León.

DEMETRIO CRESPO (2016), «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», *Revista General de Derecho Penal,* (26).

DUFF (2018), *The Realm of Criminal Law,* Oxford University Press, Oxford.

——— (2007), *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford.

——— (2001), *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford.

ESPIGADO GUEDES (2017), «Amnistía fiscal: a propósito de la regularización tributaria como excusa absolutoria en el delito fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017», *Diario La Ley,* (9030).

FARALDO CABANA (2000), *Las causas de levantamiento de pena*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FERRÉ OLIVÉ (2018), *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social,* Tirant lo Blanch, Valencia.

FREUND/ ROSTALSKI (2019), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre,* 3ª ed., Springer Verlag, Berlín.

GARCÍA ARÁN (2011), «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», en MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO/FERRÉ OLIVÉ, *et. al*. (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GARRO CARRERA (2008), *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria,* Tirant lo Blanch, Valencia.

GERHARDT (2007), *Partizipation: das Prinzip des Politik*, Beck, Múnich.

GÓMEZ LANZ (2013), «Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del art. 305 del Código Penal mediante LO 7/2012», *Revista de Derecho penal y Criminología,* extraordinario, (1), pp. 53 ss.

GUTMANN (1963), *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei Tätigen Reue,* Heitmann & Co., Hamburgo.

HEGEL (1982), *Ciencia de la lógica,* v. 1 (la lógica objetiva). Trad. de Augusta y Rodolfo Mondolfo, 5ª ed., Solar, Buenos Aires.

IGLESIAS RÍO (2003), *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria,* Tirant lo Blanch, Valencia.

JAKOBS (1997) «El desistimiento como modificación del hecho», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*; trad. de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid, pp. 325 ss.

——— (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* Walter de Gruyter, Berlín.

KLEINIG (1973), *Punishment and Desert,* Martinus Nijhoff, La Haya.

LANDERA LURI (2018), *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas*, Tirant lo Blanch, Valencia

LESCH (2016), *El concepto de delito*, Marcial Pons, Buenos Aires.

——— (1999), *La función de la pena*, Dykinson, Madrid.

MOORE (2010), *Placing Blame*, Oxford Scholarship Online, Oxford.

MAÑALICH (2010), «La retribución como coacción punitiva», *Revista Derecho y Humanidades,* (16), v.1, pp. 49 ss.

——— (2007), «La pena como retribución», *Estudios Públicos*, (108), pp. 117 ss.

——— (2005), «Pena y ciudadanía», *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), pp. 63 ss.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ (2019), *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial,* 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

———— (1996), *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social,* Tecnos, Madrid.

MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

MARTÍNEZ HORNERO (1997), «Delito fiscal y regularización tributaria», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, (170), pp. 3 ss.

MAYER (1923), *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, C. Winter, Heidelberg.

MENDES DE CARVALHO (2007), *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid.

MERKEL (2004), *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires.

MERINO JARA (2016), «El delito fiscal y la administración tributaria», en GEMMA PATÓN GARCÍA (coord.), *La nueva tributación tras la reforma fiscal,* Wolters Kluwer, Valencia, pp. 163 ss.

MUÑOZ CUESTA (2013) «La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012», *Revista Aranzadi, Doctrinal*, (11), pp. 37 ss.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2000), «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», *La Ley*, (8), pp. 1474 ss.

ORCE/TROVATO (2008), *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769*, Abeledo Perrot, Buenos Aires

PALERMO (2006), *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Atelier, Barcelona.

PASTOR/COCA VILA (2015), *¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013"*, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1), 2015.

PAWLIK (2017), *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens,* Nomos Verlag, Baden-Baden.

———— (2016), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona.

———— (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga.

———— (2007) «Strafrechtswissenschaftstheorie», en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs,* Heymann, Colonia, Berlín, Múnich.

———— (2004) *Person, Subjekt, Bürger,* Duncker & Humblot, Berlín.

———— (2004) «Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen», en ROGALL (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Hermann Luchterhand, Neuwied, pp. 213 ss.

PÉREZ FERRER (2008), *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid.

POZUELO PÉREZ (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

QUERALT JIMÉNEZ (2015), *Derecho penal español. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

———— (1999) «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y Derecho penal (I),* Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

———— (1995) «Comentarios a la reforma penal del fraude fiscal (LO 6/1995, 29 de junio)», *Economist & Jurist*, (16), pp. 61 ss.

ROBLES PLANAS (2019) «Normas de conducta», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1), 2019.

———— (2012), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona.

———— (2006), *Garantes y Cómplices*, Atelier, Barcelona.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. v. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* Beck, Múnich.

———— (2006) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. v. II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat,* Beck, Múnich.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2002), *La exención de Responsabilidad Penal por Regularización Tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

SANCINETTI (2004), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa,* Hammurabi, Buenos Aires.

SCANLON (2008), *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Harvard University Press, Cambridge.

SCHMIDHÄUSER (1984), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Mohr, Tubinga.

SILVA SÁNCHEZ (2018) *Malum passionis*. *Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

———— (2013), «Allende de las fronteras de la 'defraudación' típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN, *et. al.* (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 883 ss.

———— (2004) «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal,* Marcial Pons, Barcelona.

———— (2003), *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

———— (1998), *Consideraciones sobre la teoría del delito,* Ad-Hoc, Buenos Aires.

STRATENWERTH (2000), *Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat,* Carl Heymanns, Colonia-Berlín- Bonn-Múnich.

WILENMANN (2017), *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid.

WILFERT (2015), *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat,* Mohr Siebeck, Tubinga.

ZÜRCHER (2014), *Zur Legitimation der Strafe*, Mohr Siebeck, Tubinga.

InDret
2.2020

¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?

Un estudio sociológico sobre la victimización

Tom Daems
Leuven Institute of Criminology
-

Sumario
-
«Las sociedades tienen los criminales que se merecen». Alexandre LACASSAGNE utilizó esta expresión por primera vez en 1885 durante el primer congreso internacional sobre antropología criminal en Roma. ¿Qué ocurriría si aplicásemos la expresión de LACASSAGNE a las víctimas de la criminalidad? ¿Tiene una sociedad las víctimas que se merece? ¿Qué relación mantiene la temática de las víctimas con cuestiones de solidaridad y poder, de cohesión y polarización, de mercado e identidad? Este articulo presenta un estudio sociológico sobre la victimización. En la primera sección veremos cómo es posible abordarla desde la perspectiva del sociólogo francés Emile DURKHEIM, comentando la obra de Hans BOUTELLIER sobre la victimización y la moral. A continuación, se formularán algunas preguntas críticas sobre la visión moral de BOUTELLIER En las secciones posteriores se convertirán las críticas en iniciativas constructivas para la exploración de perspectivas alternativas sobre la victimización. Para finalizar, se tratarán puntos de vista interaccionistas, instrumental-políticos y económicos.

Abstract
-
"Societies get the criminals they deserve", Alexandre LACASSAGNE used this expression for the first time in 1885, at the occasion of the first international conference on criminal anthropology in Rome. What would happen if we would reformulate the expression of LACASSAGNE and apply it to victims of crime? Does a society have the victims it deserves? How do victims and victimisation relate to questions of solidarity and power, cohesion and polarisation, market and identity? This article aims at elaborating a sociology of victimisation. In the first section we will introduce the work of Hans BOUTELLIER on victimisation and morality, which is inspired by the perspective of the French sociologist Emile DURKHEIM Our critical discussion of the moral vision of BOUTELLIER will be the point of departure for a constructive exploration of other perspectives on victimisation, that is, interactionist, instrumental-political and economic perspectives.

Title: *Does a society get the victims it deserves? A sociological study of victimisation*
-
Palabras clave: víctimas, victimización, victimología, sociología
Keywords: *victims, victimisation, victimology, sociology*
-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.10
-

InDret

2.2020

Recepción
23/12/2019
-
Aceptación
30/03/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. De la victimología a la sociología de la victimización
3. La historia de la moral: víctimas y solidaridad
4. La moral de la historia: límites de la perspectiva moral
5. Victimización, interaccionismo y la industria de las víctimas
6. Perspectiva político-instrumental y la industria de las víctimas
7. Decisión: más allá de la victimología ciclópea
8. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

«Las sociedades tienen los criminales que se merecen». Alexandre LACASSAGNE utilizó esta expresión por primera vez en 1885, durante el primer congreso internacional sobre antropología criminal en Roma. En su conferencia criticó la teoría de Cesare LOMBROSO sobre el criminal atávico (véase también LACASSAGNE, 1913: 364). Las palabras de LACASSAGNE adquirirían una vida propia en la criminología. No es casualidad que Willem BONGER (1916), uno de los patriarcas de la criminología crítica, las citara con profusión. Igualmente, Herman MANNHEIM (1965), uno de los pioneros de la criminología británica moderna, expuso la importancia de sus palabras en la introducción de su libro Comparative Criminology (Criminología comparativa) en unos capítulos dedicados a «our criminogenic society» (nuestra sociedad criminogénica). Según este autor, las palabras de LACASSAGNE constituyen «...the leitmotiv of criminal sociology» («...el leitmotiv de la sociología criminal»). MANNHEIM modificó ligeramente la expresión para evitar una «unnecessary moralizing» (moralización innecesaria). Por ello, omitió conscientemente este término tan cargado de «deserve» (merecen) y propuso una formulación más neutral: «every society posesses the type of crime and of criminals which fits into its cultural, moral, social, religious and economic conditions» («toda sociedad posee el tipo de crimen y criminales que se ajusta a sus circunstancias culturales, morales, sociales, religiosas y económicas») (MANNHEIM, 1965: 422).

En este artículo no tenemos la intención de sopesar las palabras de LACASSAGNE: nos limitamos a señalar que, a pesar de las muchas observaciones críticas sobre determinismo y reduccionismo sociológico (VAN WERINGH, 1971), esta expresión preparó el terreno para un cuestionamiento de conceptos relativos a la criminalidad que eran corrientes en aquella época. De esa forma, las palabras de LACASSAGNE han tenido un importante papel a la hora de iniciar un debate sobre la criminalidad y de mirar más allá del individuo, buscando los determinantes sociales de la criminalidad. Además, el tono provocador no es totalmente casual, teniendo en cuenta el contexto de esa época de rivalidad y formación entre las escuelas: las palabras se pronunciaron en la boca del lobo, en 1885, en la capital de Italia, durante un congreso sobre antropología criminal.

¿Qué ocurriría si aplicásemos la expresión de LACASSAGNE a las víctimas de la criminalidad? ¿Tiene una sociedad las víctimas que se merece? O, en palabras de MANNHEIM: ¿tiene toda sociedad formas de victimización y víctimas que se ajustan a sus «circunstancias culturales, morales, sociales, religiosas y económicas»? Las preguntas de este tipo son importantes y legítimas, teniendo en cuenta la atención variable que se presta a las víctimas de la criminalidad. ¿Qué relación mantiene la temática de las víctimas con cuestiones de solidaridad y poder, de cohesión y polarización, de mercado e identidad? Los clásicos temas y perspectivas sociológicos se prestan al estudio de víctimas y victimización (DAEMS, 2021).

---

* Autor de contacto: *Tom Daems, tom.daems@kuleuven.be*. Este artículo constituye una revisión, redacción detallada y traducción al español de documentos publicados anteriormente. Se trata de tres artículos publicados originariamente en neerlandés: T. DAEMS, «De Vreemdeling van Albert Camus en de emancipatie van het slachtoffer» (El Extranjero de Camús y la emancipación de la víctima), en B. VAN STOKKOM (ed.), Grenzen aan de emancipatie van het slachtoffer? (¿Límites en la emancipación de la víctima?) La Haya: Boom Criminologie, 2019, 29-45; T. DAEMS «Een sociologische verkenning van victimisering» (Una exploración sociológica de la victimización), Panopticon, 2007, 30-45; T. DAEMS, «De slachtofferdimensie van herstelrechtelijke interventies: een sluimerende therapeutisering?» (La víctima en la justicia restaurativa: ¿una terapeutización latente?), Tijdschrift voor Herstelrecht, 2007, 7, 1, 7-21.

De esta forma, el presente artículo pretende dar respuesta a la pregunta central: ¿por qué y de qué manera tenemos interés por las víctimas y la victimización, y qué mecanismos sociológicos se activan en este proceso? Pero, antes de empezar, en la siguiente sección se examinarán dos cuestiones más. Por una parte, la clásica pregunta de innovación/demarcación: ¿Qué hay de novedoso en ello? Por otra, una pregunta más específica: ¿cómo hablar sociológicamente de experiencias esencialmente individuales —y a menudo trágicas— como la de ser víctima de un crimen?

2. De la victimología a la sociología de la victimización

Dentro de la criminología, el interés científico por la victimización ha ido en auge en los últimos decenios. La victimología ha adquirido una posición firme y consolidada en el paisaje de la criminología y tiene como objetivo, entre otras cosas, poner de relieve la victimización y el impacto económico, social y psicológico de esta, su vínculo con los sentimientos de inseguridad, la elaboración detallada de iniciativas dirigidas a las víctimas, la búsqueda de las causas de la victimización, el fenómeno de la victimización múltiple y la geografía de la victimización (Véase, por ejemplo, FATTAH, 1991; PETERS, 1993; DAEMS, 2005A, 2005B; SHOHAM, KNEPPER Y KETT, 2010; WALKLATE, 2017; VARONA MARTÍNEZ, 2018; LAGUNA HERMIDA y GÓMEZ GARCÍA, 2019). Gracias a ello, la victimología ha hecho una importante aportación a una visión matizada y con base científica sobre la victimización. Los estereotipos sobre «víctimas ideales» (CHRISTIE, 1986) y los mitos sobre la «equal victim» (víctimas iguales, es decir, que todas las personas tienen las mismas posibilidades de convertirse en victimas) (LEA y YOUNG, 1993) pertenecen para siempre al pasado, al menos en los círculos de criminología. Además, aparecieron muchas publicaciones que intentaron extender los límites de lo que a veces suele llamarse (con cierto desdén) una victimología «positivista» (MIERS, 1989), o «convencional» (WALKLATE, 1990, 1992). Siguiendo los pasos de avances criminológico-teóricos más amplios —tales como la criminología crítica, radical, izquierdista-realista y feminista— se realizaron los esbozos de una victimología crítica o radical (por ejemplo, FRIEDRICHS, 1983; PHIPPS, 1986; MCSHANE Y WILLIAMS, 1992; MAWBY y WALKLATE, 1994; ELIAS, 1993, 1996; FATTAH, 1992).

No obstante, a excepción de algunos ensayos sobre una victimología interaccionista (MIERS, 1990; HOLSTEIN y MILLER, 1990), la aproximación sociológica también sigue estando más bien limitada a estas victimologías entendidas en un sentido más amplio, bien para cuestionar definiciones clásicas sobre la víctima y poner atención a nuevas víctimas —por ejemplo, de criminalidad de cuello blanco, criminalidad por parte del Estado o criminalidad medioambiental—, o bien para identificar sus determinantes estructurales —por ejemplo, la sociedad patriarcal y las relaciones desiguales entre hombres y mujeres en el caso de las feministas, la sociedad capitalista y las relaciones injustas entre trabajo y capital en el caso de los radicales. Por consiguiente, se trata principalmente de ampliar el horizonte de definiciones y desde otro punto de vista sobre cuestiones etiológicas. La pregunta sobre el significado de la victimización para la sociedad contemporánea y sobre cómo encajar la victimización en lo que los sociólogos denominan la cuestión del «orden social» se omite en gran parte en los debates de victimología (DAEMS, 2019; véase también GATTI, 2017; HERRERA MORENO, 2018).

Sin embargo, ¿cómo hablar sociológicamente sobre la victimización? La victimización es algo extremadamente individual. A menudo, se trata de experiencias de sufrimiento que las

personas ajenas nunca pueden comprender ni compartir y que, en cualquier caso, son difíciles de expresar en palabras y conceptos (WILKINSON, 2005). Con motivo de su estudio sobre los familiares de víctimas de asesinato, el criminólogo británico Paul ROCK (1998: 193) describió así dicha experiencia: «...a devastating symbolic passage that forces an understanding that can never be quite intelligible to the outsider» (...un paso simbólico y devastador que impone una comprensión que nunca puede ser del todo comprensible para la persona ajena). La experiencia de la victimización se presenta como algo único y, por ello, choca con la comprensión sociológica; al fin y al cabo, los sociólogos investigan lo social en lo individual, lo general en lo particular (BAUMAN, 1990). Por tanto, existe el peligro de que los análisis sociológicos de la victimización se interpreten como una banalización del sufrimiento porque, con ellos, la victimización pierde en cierto sentido su carácter excepcional.

No obstante, también existe el peligro de que los sociólogos eviten este tema precisamente porque es tan delicado y las palabras pueden interpretarse de forma equivocada. Autores como FINKELSTEIN (2000), CHAUMONT (2002) y FUREDI (2004) —que pusieron de relieve respectivamente la explotación de la victimización por una «industria del Holocausto», la supuesta singularidad del sufrimiento del pueblo judío y la creciente «cultura de terapia»— tuvieron que hacer frente a muchas críticas. Sin embargo, una visión sociológica de la victimización es algo totalmente distinto de la banalización de experiencias dolorosas. El punto de vista es que la victimización, además de una dimensión individual, también tiene una dimensión social: la victimización y los muchos tipos de reacciones que provoca, tiene un impacto constitutivo de la realidad social ante la que no podemos seguir cerrando los ojos (DAEMS, 2005a).

Por esta razón, la extensión de una sociología de la victimización tiene sentido y es pertinente. Así, en la siguiente sección veremos cómo es posible abordarla desde la perspectiva del sociólogo francés Emile DURKHEIM, comentando la obra de Hans BOUTELLIER sobre la victimización y la moral. A continuación, se formularán algunas preguntas críticas sobre la visión moral de BOUTELLIER. En las secciones posteriores se convertirán las críticas en iniciativas constructivas para la exploración de perspectivas alternativas sobre la victimización. Posteriormente, se tratarán puntos de vista interaccionistas, instrumental-políticos y económicos.

3. La historia de la moral: víctimas y solidaridad

El criminólogo holandés Hans BOUTELLIER ha hecho del análisis de la moral contemporánea la obra de su vida. Desde principios de los años ochenta, este autor escribe sin parar ensayos y libros sobre criminalidad, justicia penal y moralidad. Su interés por el tema despertó a finales de los años setenta cuando estaba haciendo una investigación en un organismo judicial de reinserción y, algunos años más tarde, en centros para jóvenes en Leiden (BOUTELLIER, 2019; DAEMS y VAN STOKKOM, 2019). En tanto que las situaciones a veces requerían claridad moral, resultaba que los profesionales que trabajan con jóvenes no sabían qué hacer. La impotencia en dar alguna dirección moral a jóvenes «descarriados» y que lo habían experimentado todo supuso el disparo de salida para una búsqueda de lo característico de la moral contemporánea. En 1985, BOUTELLIER publicó un interesante artículo en que se planteaba la legitimidad del trabajo socioeducativo desde un punto de vista moral. Describió su contribución como «(...) una reflexión personal sobre los sentimientos de carencia de sentido e impotencia que observé con tanta frecuencia entre los profesionales que trabajan con jóvenes. ¿Con qué problemas se

enfrentan estos cuando intentan dar forma a su relación con respecto a los jóvenes?» (BOUTELLIER, 1985: 19). Los profesionales que trabajan con jóvenes ya no tienen pautas para juzgar qué es bueno o malo, o en palabras de BOUTELLIER: se encuentran en una «situación desprotegida ideológica y moralmente».

BOUTELLIER fue ampliando paulatinamente su campo de atención, y dedicó publicaciones parciales a la prostitución, el abuso sexual de niños, el vínculo entre la religión y la criminalidad, y la prevención de la criminalidad. En cada caso, el punto central era el contexto moral. Esto culminó finalmente en Solidariteit en slachtofferschap (1993) (Solidaridad y victimización), su tesis doctoral publicada como libro y uno de los textos de criminología en neerlandés más discutidos en los últimos tiempos. Este libro, que se publicó siete años más tarde en inglés en forma reelaborada como Crime and Morality (BOUTELLIER, 2000a), resulta muy pertinente para el tema de este artículo, dado que BOUTELLIER utiliza un punto de vista Durkheimniano para tematizar sociológicamente el creciente interés por la victimización. Teniendo en cuenta su profunda preocupación por los desarrollos en el ámbito de la moral, esto no resulta sorprendente. En 1990 expresó el problema en estos términos:

«El problema moral de nuestro tiempo no reside en pedir (sea o no desesperadamente) un ethos que lo trascienda todo (o por así decirlo, universal), sino en reconocer núcleos morales que aparecen aquí y allá y de vez en cuando dentro del pluralismo moral de nuestro tiempo, o que resultan ser persistentes» (BOUTELLIER, 1990: 32)

En Solidariteit en slachtofferschap se trata exhaustivamente este tema. Según BOUTELLIER, hoy en día nos enfrentamos a una moral fragmentada. Este atribuye la desaparición de una moral colectiva a la secularización masiva que separa a la moral de su fuente metafísica, así como a procesos de individualización que dieron el golpe de gracia a la colectividad. Pero esto no significa necesariamente que hayamos entrado en una época que carezca de normas. La búsqueda de BOUTELLIER de lo que nos une en una sociedad posmoderna, fragmentada e individualizada, que ya no cree en lo que LYOTARD describió como los «grandes relatos», le lleva finalmente a la víctima que constituye el núcleo a cuyo alrededor se realiza la construcción de la moralidad. BOUTELLIER habla de una moral «victimizada» o dirigida a la víctima: «La solidaridad orgánica de DURKHEIM se ha disuelto en una solidaridad victimizada» (BOUTELLIER, 1993a: 30). En un mundo fragmentado moralmente, la víctima se ha convertido en el agente de la moral pública: «Sociológicamente hablando, esta situación significa que la victimización se ha convertido en el principio rector de nuestros intentos de llegar a una formación de consenso moral» (BOUTELLIER, 1994: 94). La consciencia de las vulnerabilidades de cada uno ocupa un lugar central; en el rechazo de la crueldad y la humillación nos reconocemos mutuamente como participantes en una comunidad moral. Podemos no estar de acuerdo en nada, pero cuando se trata de hacer frente al sufrimiento de la víctima, establecemos un límite. Esto también significa que la moralidad obtiene una interpretación negativa: no es el seguir luchando por lo bueno, sino el rechazo de lo malo lo que constituye el factor vinculante.

La fragmentación de la moral también pone en apuros al derecho penal. Las obligaciones y prohibiciones que figuran en el mismo pierden su marco ideológico. Si bien hasta hace poco la moralidad y el derecho penal eran complementarios, este último, por así decirlo, se alimentaba de las organizaciones sociales de base ideológica y de las iglesias, lo que ya no es el caso. El derecho penal ya no deriva su legitimidad de la noción de un orden social unívoco; la legitimación se ha convertido ahora en un asunto del mismo derecho penal y también aquí

aparece la víctima como redentora. Según BOUTELLIER el sufrimiento de la víctima actúa como ancla moral para el derecho penal, en torno al cual puede establecer un proceso de construcción moral: «En una moral fragmentada, la legitimidad de las intervenciones del derecho penal es dudosa si no hay consenso sobre la victimización» (BOUTELLIER, 1993b: 321).
Esto también significa que los infractores de la ley aparecen de otra forma. El «criminal posmoderno» ya no rompe la univocidad moral —que, después de todo, ya no existe desde hace tiempo—, sino que desafía a la libertad moral. Según BOUTELLIER, dicho criminal abusa de la pluriformidad normativa y, por este motivo, se le puede llamar la atención sobre el contenido moral de su conducta. Es aquí donde surge el interés de BOUTELLIER (2006) por la justicia restaurativa, dado que prácticas como las de mediación entre autor del delito y víctima permiten a los autores del delito la confrontación con el sufrimiento que se causó a esta, y exigirles su responsabilidad.

En su segunda monografía, De veiligheidsutopie ("La utopía de la seguridad", de la que en 2004 se publicó una edición en inglés), BOUTELLIER (2002; 2004) extiende la hipótesis de la moral victimizada. En este libro, analiza la transformación del problema de la criminalidad en una cuestión de seguridad a partir de la tensión entre, por una parte, el afán de vitalidad y, por otra, el deseo de seguridad: «Dentro de una cultura posmoderna, vitalista, que ha perdido la ilusión de coherencia, la imaginación solo puede tener por objetivo aquello que rechazamos. El deseo utópico es el resultado de darle la vuelta: la seguridad une» (BOUTELLIER, 2002: 10).

A la luz de esta contribución sobre la sociología de la victimización, lo que resulta más interesante es su discusión del fenómeno de las marchas silenciosas y de las llamadas civiles contra la violencia. BOUTELLIER (2002) habla en su obra de un nuevo fenómeno social y descubre en los desarrollos una gran implicación emocional de los ciudadanos en los casos de violencia. La violencia sin sentido da lugar a la identificación con la víctima y sus familiares. Habla de un «movimiento moral» en el que las autoridades y los ciudadanos se encuentran el uno al otro en un rechazo conjunto hacia la violencia. Según BOUTELLIER, alrededor de ellos se crea y se encuentra temporalmente una cohesión social.

4. La moral de la historia: límites de la perspectiva moral

Con su aproximación al estilo de DURKHEIM, BOUTELLIER aporta una importante iniciativa para una sociología de la victimización. En lugar de atribuir la atención por la víctima a un redescubrimiento o emancipación de la víctima, profundiza más y ve relaciones con desarrollos sociales más profundos, tales como la secularización y la individualización, que tienen importantes implicaciones para la moral contemporánea. Esto le lleva finalmente a una «moral victimizada». De este modo, la historia de BOUTELLIER sobre la moral pone al descubierto desarrollos que, de otro modo, habrían pasado desapercibidos: la forma en que el rechazo de la victimización constituye el núcleo moral y el último aglutinante en una sociedad en que cada uno decide por sí mismo qué es una «vida buena» supone sin duda un punto de vista original. Según él, en esto reside también la explicación de la creciente atención por las víctimas de la criminalidad. En ese sentido, el análisis de BOUTELLIER también cuenta algo sobre la importancia de la victimización en nuestra sociedad contemporánea: las víctimas aparecen como «gestores» de la moralidad pública y cumplen una función integradora y generadora de consenso; ayudan a la sociedad a dar forma en sentido normativo, de nuevo muy en consonancia con el funcionalismo de la sociología de DURKHEIM.

Sin embargo, el punto de vista moral de BOUTELLIER también es susceptible de crítica. En esta sección haremos tres observaciones sobre el análisis de BOUTELLIER, que preparan la vía para la expansión de nuestra exploración sociológica de la victimización en este artículo. Se trata sucesivamente de las limitaciones del punto de vista de DURKHEIM y el reduccionismo moral, el realismo desmesurado, y el reconocimiento demasiado limitado de las dimensiones instrumental-políticas y económicas de la victimización (para detalles, véase DAEMS, 2008a: 125-174).

Reduccionismo moral. Para BOUTELLIER, el contexto moral ocupa un lugar primordial. Esto no significa que no esté al corriente de otras perspectivas sobre la victimización, sino todo lo contrario. BOUTELLIER es muy consciente de la bibliografía existente al respecto y trata a menudo la obra de autores que arrojan otra luz a la atención por las víctimas y la victimización; pasa revista regularmente a críticos como Alain-Gérard SLAMA (1993), Robert HUGHES (1993) y Charles SYKES (1992) y está familiarizado con corrientes críticas de la sociología del castigo y la victimología. Pero el contexto moral es determinante; sigue sintiendo preferencia por la interpretación moral de los desarrollos en torno a la victimización. A los autores que aluden a «pánicos morales» en torno a ciertas formas de victimización, la cultura de las víctimas o las determinantes socioeconómicas de criminalidad, se les reprocha que no tienen en cuenta la dimensión moral de la criminalidad. BOUTELLIER considera que su punto de vista moral es superior porque este, al contrario de otros, supuestamente no niega la dolorosa realidad que se oculta detrás de la victimización, sino que, al contrario, la toma como punto de partida. Lanza cada vez el argumento de la dura «realidad» de la victimización y la necesidad «real» de seguridad para distanciarse de lo que califica de análisis «cínicos», «desenmascaradores» o «racionalizantes», y para convencer al observador de la superioridad de su propio enfoque moral. Más adelante volveremos a este realismo de BOUTELLIER. Ahora nos detendremos brevemente a reflexionar sobre la aproximación moral en sí misma.

BOUTELLIER es consciente de la «fragilidad» (BOUTELLIER, 1994), la «temporalidad» y la «estrecha base» (BOUTELLIER, 1993b) de la moral victimizada. En este sentido, parece querer conceder demasiada importancia moral a las marchas silenciosas de los Países Bajos y a los movimientos civiles. Este autor habla de cuatro a seis marchas pequeñas de entre cientos a más de mil personas al año y de algunos cientos de personas que se mantienen activas realizando acciones civiles contra la violencia (BOUTELLIER, 2002). A la luz de esta estimación de la gravedad sobre la problemática de la seguridad (en De veiligheidsutopie habla en cierto momento de 1 000 000 de delitos violentos) estas cifras son un tanto limitadas para poder hablar de un «movimiento moral».

Pero lo que quizá ponga principalmente de relieve esta movilización limitada es la particularidad de la moralidad victimizada. BOUTELLIER hace observaciones sobre la cultura contemporánea en la que todo el mundo disfruta de «una libertad desenfrenada y sin precedentes» y donde la autoría de un delito es «una opción dentro del propio proyecto de vida». Parece que su análisis de la utopía de la seguridad se aplica a todo el mundo sin distinción y en el mismo grado, aunque quizá su diagnóstico sea aplicable principalmente a las «personas posmodernas con un alto grado de seguridad existencial», según propone Ybo BURUMA (2003: 1168): «Pero hay también ciudadanos amenazados, con pocos ingresos y pocos estudios, que son víctimas de hechos delictivos con la mayor frecuencia. A diferencia de los activos posmodernos, estos ciudadanos tienen poca confianza en las autoridades y en sí

mismos, ellos mismos tienen dificultad en distinguir entre el bien y el mal, y tienden hacia la política autoritaria para armarse contra la inseguridad.» Esto hace sugerir la pregunta de si la supuesta unidad es un hecho empíricamente observable o una creación que surgió en el escritorio de BOUTELLIER. La suposición de que la sociedad posmoderna tiene libertad y vitalismo sin precedentes esconde bajo el tapete diferencias de poder y desigualdades sociales: la unidad y el consenso moral postulados bien podrían ser propiedad de un limitado segmento social (VAN SEAANINGEN, 1995; LEA, 2002). En su comentario de la obra de DURKHEIM, David GARLAND (1990) propone que quizás sería mejor hablar de una «moralidad predominante» o de un «orden moral dominante» que de una consciencia colectiva. Para los responsables políticos, que deberían tener como principal objetivo el interés general, la unidad moral de DURKHEIM constituye, naturalmente, un punto de vista más atractivo y viable. Esto posiblemente también se aplica a BOUTELLIER, que en el pasado también estuvo envuelto en la elaboración de políticas (DAEMS, 2008a; DAEMS y VAN STOKKOM, 2019). Pero el hecho de que él, personalmente, sienta más afinidad por «la construcción, el movimiento, que por la deconstrucción, y el desenmascaramiento» (BOUTELLIER, 2005: 70) no debería ser un obstáculo para un análisis más profundo del tema de conflicto presente y de los aspectos diferenciadores dentro de la atención contemporánea por la victimización. Una aproximación al estilo de DURKHEIM resulta aquí insuficiente.

Realismo. Ya se ha indicado anteriormente que BOUTELLIER supedita las interpretaciones alternativas de la creciente atención por la víctima a su interpretación moral, proponiendo que estas niegan o hacen caso omiso, con demasiada facilidad, de la necesidad de seguridad y la realidad de la criminalidad. Este autor presenta un buen argumento al proponer que ciertos criminólogos, en el pasado, quitaron importancia con demasiada facilidad al problema de la criminalidad con referencias a un aumento de la disponibilidad para presentar denuncias, y definiciones nuevas y más amplias de criminalidad, ampliación del aparato policial, etc. Pero en su determinación por reconocer la problemática de la seguridad, muestra la tendencia de inclinarse hacia el otro lado de la balanza (DE HAAN, 1994; RUIMSCHOTEL, 1993). BOUTELLIER no desaprovecha ningún momento para hacer hincapié en que la inseguridad es un «number one issue» (problema de gran importancia) y que esto puede apreciarse presuntamente a través de encuestas a la población, así como de la atención en los medios de comunicación y en la política (BOUTELLIER, 1998: 176). Hace todo lo que puede para convencer al lector de la gravedad de esta problemática. Por ejemplo, en De veiligheidsutopie habla de una estimación de 1 000 000 de delitos violentos (BOUTELLIER, 2002: 113). Por otra parte, el Fondo Holandés de Indemnificación hace referencia a entre 20 000 y 30 000 casos que tienen derecho a percibir compensación (BURUMA, 2003). Se trata naturalmente de cómputos distintos ya que el Fondo de Indemnificación trata con formas de criminalidad violentas más específicas y más graves, pero teniendo en cuenta la proporción este hecho no deja de ser sorprendente (1 delito según el Fondo de Indemnificación frente a de 33 a 50 según la estimación de BOUTELLIER). De un criminólogo cabría más bien esperar cierta relativización en lugar de difundir las cifras más elevadas, sin dar muchas explicaciones, en un diagnóstico de la problemática contemporánea sobre la violencia.

Utilizar la atención de los medios de comunicación y de la política como indicador de una necesidad de seguridad también es susceptible de crítica. El papel de estos – a nivel de determinación de la agenda y de framing (encuadre) – es mucho más complicado que lo que BOUTELLIER quiere hacer creer a sus lectores (por ejemplo, BECKETT, 1997; ALTHEIDE, 2002; CAVENDER, 2004). La atención al contexto mediático-político y a los argumentos

constructivistas que se le vinculan no significa lo mismo que negar un problema. Al mantener un realismo desmesurado, se dejan en el tintero importantes mecanismos sociológicos que tienen un papel significativo en la atención por las víctimas.

Dimensión instrumental-política y económica. BOUTELLIER analiza los desarrollos desde abajo. Son desarrollos de la moral y el malestar sobre la complejidad de la sociedad contemporánea que hacen surgir la necesidad de seguridad y el deseo utópico. La demanda de seguridad y reglamentación se construye, por así decirlo, desde abajo hacia arriba, un fenómeno bottom-up. BOUTELLIER (1993a: 112) se opone a los críticos que en la atención hacia la víctima detectan sobre todo argumentos de tipo político-instrumental: «Que el Estado tenga interés en un desarrollo no significa que este desarrollo no posea un significado moral real. Resulta inverosímil reducir simplemente a interés del Estado el sufrimiento que causan numerosas formas de criminalidad.» En De veiligheidsutopie, BOUTELLIER (2002) hace además hincapié en que, en un estado de derecho democrático, el gobierno tiene la obligación de atender al sentido (o sentido de la justicia) de los ciudadanos. Visto bajo esta óptica, BOUTELLIER parece respaldar la tesis de «democracy-at-work» (democracia en acción) (CULLEN ET AL., 1985) según la cual el gobierno se deja regir por las necesidades de los ciudadanos, cumpliendo con ello puramente con su obligación democrática.

BOUTELLIER llama de nuevo la atención sobre importantes aspectos, pero a la vez cierra demasiado rápidamente la puerta a desarrollos que son más difíciles de entender desde el punto de vista de su aproximación moral. La responsabilidad política se concretiza de forma más bien limitada y dirigida a la víctima. Por ello, ofrece una interpretación algo peculiar de la «llamada por más derecho penal»: «Es importante interpretar en este sentido la llamada por más derecho penal, y más severo. No se trata tanto de una llamada a la limitación de la libertad por medio de «más derecho penal», sino como de la necesidad subyacente de una estructura normativa dentro de la que se pueda celebrar con seguridad la libertad sin precedentes históricos» (BOUTELLIER, 2000b: 7). Parece que la llamada por «libertad con seguridad» se susurra directamente y sin mediación a los políticos, que se complacen en escucharla. Sin embargo, una sociología de la victimización no puede permitirse desentenderse tan rápidamente de la dimensión político-instrumental. El sentido unidireccional de BOUTELLIER debe completarse con un movimiento desde arriba hacia abajo, una aproximación top-down. Al fin y al cabo, los políticos no siempre tienen buenas intenciones y el aparato del estado no siempre se muestra tan halagüeño y cercano a los ciudadanos. Por ejemplo, en junio de 2006, el Instituto Vera de Justicia de Estados Unidos publicó un informe que mostraba que, desde el 11 de septiembre de 2001, los miembros de las comunidades árabe-norteamericanas fueron víctimas con mayor frecuencia de la victimización inspirada por el odio. No obstante, la mayor preocupación de estas personas no eran las vejaciones y los delitos de violencia contra los individuos, sino la actuación de los servicios federales de policía (HENDERSON ET AL., 2006), una preocupación que también se reavivó recientemente con el movimiento Black Lives Matter (Las vidas negras importan), que surgió después de que se produjeran víctimas mortales en confrontaciones con servicios policiales en EE. UU. Aquí también vemos cómo se desconfía antes del aparato estatal: no hay consenso ni unanimidad, pero sí división y conflicto. Según el punto de vista de BOUTELLIER, inspirado en DURKHEIM, no solo la dimensión político-instrumental queda sin ser expuesta, sino también la dimensión económica. Este asunto es delicado pero merece ser tratado en una sociología de la victimización. Más adelante en este artículo se tratarán algunos aspectos del mismo: las víctimas que explotan su propio sufrimiento para obtener beneficios económicos y el creciente grupo de expertos y trabajadores

sociales que, al igual que el mercado de la seguridad privada, se benefician de la victimización o del miedo de la misma.

Hasta ahora se ha explicado brevemente la aproximación moral de Hans BOUTELLIER y a través de tres observaciones críticas se ha abierto un espacio para la discusión de aproximaciones alternativas de la atención por la victimización. A pesar de que la perspectiva de DURKHEIM ofrece puntos de vista muy interesantes, a otros aspectos no se les presta atención. Para entenderlos, hemos de mirar más allá que BOUTELLIER. En las siguientes aproximaciones, donde BOUTELLIER busca «consenso», «interconexión» y «unidad», resultan más adecuados los términos de «conflicto», «diversidad», «lucha» y «poder». En la siguiente sección trataremos la visión interaccionista sobre la victimización y, a continuación, las aproximaciones político-instrumentales y económicas.

5. Victimización, interaccionismo y la industria de las víctimas

En 1972, Richard QUINNEY desafió a los victimólogos a que abandonaran la idea estática de la víctima en favor de la idea de la víctima como una «construcción social» a través de la que surgen interacciones. Lo que proponía no era la clásica visión etiológico-interaccionista de pioneros de la victimología como Marvin WOLFGANG (1958), Ezzat FATTAH (1971) y Menachem AMIR (1971), que estudiaban las interacciones entre el autor del delito y la víctima para investigar el papel de la víctima (victim precipitation) (contribución de la víctima al crimen) y así poder explicar la victimización. Lo que sí ocupaba un lugar central para QUINNEY era el aspecto de definición. «A victim cannot be taken for granted» (Una víctima no puede darse por sentada), aserción con la que abrió su ensayo (QUINNEY, 1972: 314). QUINNEY escribió el artículo especialmente con un propósito radical-victimológico: quería cuestionar las definiciones corrientes sobre el concepto de víctima para que también se pudieran «construir» otras víctimas (mencionó víctimas de la violencia policial, la guerra, el aparato criminal, la violencia estatal y la opresión). Sin embargo, al mismo tiempo centró la atención implícitamente en la forma en la que las personas «se convierten» en víctimas. Así como Howard Becker, David Matza y otros estudiaron los procesos de etiquetado en la sociología de la desviación, también es posible averiguar cómo surgen y se aplican las etiquetas de víctima (MIERS, 1980; KENNEY, 2002).

Desde el punto de vista interaccionista, la victimización no aparece como algo unívoco o natural; por el contrario, tiene muchas caras y muchos otorgantes de significado. Las experiencias cobran significado a través de un gran número de acciones humanas e institucionales, reacciones e interacciones, y esto también se aplica a la victimización. Cuando los interaccionistas hablan de «convertirse en víctima», lo central no es la constatación de que la gente sufre perjuicios debido a acciones u omisiones de otras personas, sino cómo surgen, se designan y se reclaman las definiciones de victimización. Paul ROCK (2002: 17) lo describe en estos términos: «Becoming a victim (...) is an emergent process of signification like many others, possibly involving the intervention and collaboration of others whose impact and meaning change from stage to stage, punctuated by benchmarks and transitions, and lacking any fixed end state.» (Convertirse en víctima (...) es un proceso emergente de dotar de significado como muchos otros, que posiblemente implica la intervención y colaboración de otros cuyo impacto y significado cambian de una a otra fase, que viene marcado por puntos de referencia y transiciones, y que no tiene un resultado final fijo.)

Cuando a alguien se le pone la etiqueta de «víctima» se activa, por así decirlo, un marco interpretativo que contiene una serie de indicaciones sobre cómo debemos entender las relaciones sociales. Las descripciones de víctima dan otras instrucciones sobre cómo se deben interpretar estas situaciones y cómo se debe considerar a la persona en cuestión, además de cómo la deben valorar. Según HOLSTEIN y MILLER (1990), la victimización como «práctica descriptiva» es un «procedimiento» que permite eludir responsabilidad, asignar causas a un autor del delito complementario que se construye simultáneamente, especificar respuestas y remedios (por ejemplo, ayuda o compensación) y dar una explicación sobre los propios fallos sin que se amenace la identidad propia. Esto también implica que a la condición de víctima están vinculadas algunas ventajas potenciales: empatía, atención, inocencia, concesión de sentido, liberación de persecución judicial, compensación económica, etc. (MIERS, 1990; ROCK, 2002).

Pero no todo el mundo obtiene acceso a la categoría de víctima o es identificado como tal: hay que ganarse ser miembro. Las víctimas potenciales deben cumplir con ciertas condiciones y deben mostrar ciertas características. Por ejemplo, el sufrimiento no puede ser vago o ambiguo y no puede haber sido causado por la persona en cuestión. Además, otras variables como la edad, la indumentaria, el sexo, la etnicidad y el nivel socioeconómico también desempeñan un papel importante (MIERS,1990). El sufrimiento también debe presentarse de tal forma que se ajuste a las definiciones que realizan otras personas sobre lo que es la victimización justificada y las víctimas justificadas. Estas definiciones a veces entran en conflicto: se puede designar víctima a una persona con el objetivo de la persecución judicial de un presunto sospechoso pero, más tarde, cuando esta persona hace una solicitud de compensación a un fondo de indemnización, puede denegársele la condición de víctima por haber conductas que no concuerdan con la imagen de una víctima inocente y que precisa de ayuda (MIERS, 1980; ROCK, 2004).

De esta forma, se produce una selección que incluye a ciertas personas y excluye a otras. Además, las víctimas pueden perder posteriormente la condición de víctima que adquirieron antes porque pierden su papel por ser desagradecidas o por no tomar medidas para evitar una futura victimización, por citar algunos ejemplos. Así, a la condición de víctima se han vinculado ciertas expectativas. Por ejemplo, la víctima que recibe mucho dinero por contar su historia a la prensa rosa, o que hace alarde de su sufrimiento de otras formas, puede perder mucha de la empatía que había generado. Esto también significa que las víctimas tienen que ser inocentes, vulnerables y respetables – tienen que ser víctimas «ideales» (CHRISTIE, 1986; véase también DUGGAN, 2018), o que se las debe presentar de esta forma, antes de que pueda surgir una forma de consenso al estilo Durkheimniano. Y es que tan pronto como salen al exterior más detalles e información contextualizada y las víctimas pierden su inocencia, disminuye la empatía y la condición de víctima pasa a ser discutida (VERRIJN STUART, 1994).

A menudo tendrá lugar en el escenario público una lucha para conseguir atención y reconocimiento. La obra de Jean-Michel CHAUMONT (2000, 2002) ejemplariza este tema. CHAUMONT señala cómo la lucha por el reconocimiento de los judíos por el sufrimiento que se les causó durante el Holocausto desembocó en un afán de competencia entre víctimas, donde la reclamación por la singularidad de la masacre fue objeto de conflicto. Otras víctimas del terror nazi y de otros genocidios no estaban de acuerdo con la idea de que a su sufrimiento se le asignara un lugar inferior en la jerarquía de víctimas. El ensayista Ian BURUMA (2002) criticó por razones similares la idea de celebrar un día anual de conmemoración del Holocausto, ya que se

pone de relieve a ciertas víctimas ocasionando rivalidad y envidia (véase también BURUMA, 1999). Otro ejemplo fueron las disgustadas víctimas del desastre del estadio de fútbol de Hillsborough en Sheffield (Inglaterra), a quien se les dijo que los agentes de la policía habían recibido una compensación antes que ellos. Estaban enfadados y consideraban que no se comprendía bien su condición de víctima (FUERDI, 2002). En Bélgica, las marchas silenciosas que se organizaron en la primavera de 2006 con motivo del asesinato de un adolescente en la estación central de trenes de Bruselas, causaron resentimiento a otras víctimas para las que no se hicieron marchas y que obtuvieron poca atención por parte de los medios de comunicación, o a quienes el rey no había dado un ramo de flores (DAEMS, 2006). En vistas del potencial de conflicto que se encierra en la lucha por el reconocimiento, Zygmunt BAUMAN (2001) habla de recognition wars (guerras por el reconocimiento) y reconnaissance battles (batallas por el reconocimiento).

En la criminología sociológica se habla a veces de «industrias». Por ejemplo, CURRIE (1968: 21) habla de una «witchcraft industry» (industria de la brujería), COHEN (1985: 171) de una «social problem industry» (industria de los problemas sociales), y PRATT (1985: 94) de un «delinquency business» (negocio sobre la delincuencia). Puesto que estos criminólogos consideran la desviación y la criminalidad como el «producto» de un gran número de interacciones, se utiliza la metáfora de la industria para expresar plásticamente la «producción en masa» de la desviación (suministro de «materias primas», procesamiento de las «materias primas», la exportación de «productos» y la evacuación de «residuos»). El sociólogo norteamericano Joel BEST (1997, 1999) considera que, paralelamente a ello, puede hablarse de una «industria de las víctimas» que «produce» víctimas. Según BEST, a partir de los años sesenta surgió entre los norteamericanos una consciencia y sensibilidad crecientes por las víctimas y la victimización. Hace referencia, entre otras cosas, a movimientos de derechos civiles, movimientos para los derechos de las víctimas, la influencia de profesiones terapéuticas y espirituales, la creciente aversión con respecto a riesgos de toda clase y la visibilidad de las víctimas. Esto constituyó un terreno abonado a lo que denomina una «ideología de la victimización», es decir, una fuerte recopilación de proposiciones que facilita la identificación de los individuos como víctimas y la designación de los mismos como tales. La ideología consiste en siete ideas a las que se recurre libremente para poner bajo la atención pública a ciertas víctimas o formas de victimización: (1) es extensa; (2) tiene consecuencias; (3) es clara y no presenta ambigüedades; (4) a menudo no es reconocida; (5) a los individuos hay que enseñarles a reconocer su victimización propia y la de los demás; (6) hay que respetar las demandas; (7) la noción de «víctima» tiene connotaciones no deseadas. BEST expresa la fuerza de estas ideas en estos términos:

«Taken together, they form a virtually incontrovertible ideology that encourages identifying and labeling victims: it defines victimization as common, consequential, and clear-cut, yet unrecognized; it justifies helping individuals identify themselves as victims; it delegitimizes doubts about victims» claims; and it provides new, nonstigmatizing labels for those who have suffered. It is, in short, a set of beliefs that makes it easy to label victims, and very difficult to dispute those labels» (BEST, 1999: 117) (Consideradas de manera conjunta, constituyen una ideología virtualmente incuestionable que promueve la identificación y la etiquetación de las víctimas: define la victimización como corriente, consecuente y bien definida, si bien no reconocida; justifica ayudar a los individuos a identificarse a sí mismos como víctimas; ilegaliza las dudas sobre las demandas de las víctimas; y proporciona nuevas etiquetas no estigmatizadoras para aquellos que han sufrido. Es, en resumen, un conjunto de creencias que facilita poner etiquetas a las víctimas y que dificulta discutirlas).

El amplio apoyo de las instituciones – los medios de comunicación, los activistas, el gobierno y los expertos – que surgió en Estados Unidos a partir de los años sesenta, unido a la ideología de la victimización, constituyen según BEST la base de la «industria de la víctima» «... a set of social arrangements capable of labeling large numbers of victims» (BEST, 1999: 119) (...una serie de acuerdos sociales que tienen la capacidad de poner etiquetas a grandes números de víctimas).

6. Perspectiva político-instrumental y la industria de las víctimas

Paul ROCK citó una vez a un funcionario canadiense que guardaba la siguiente frase en la manga: «politically, you can't be too nice to victims» (Políticamente, nunca se puede ser demasiado amable con las víctimas) (ROCK, 2002, citado en SANDERS, 2004: 103). Para los políticos, poner de relieve la apurada posición de las víctimas es un tema agradecido en la justicia penal y en la sociedad en general. Escoger estar de parte de las víctimas también ayuda a legitimar ciertas medidas. En The Culture of Control (La cultura del control), GARLAND (2001) sostiene que se apela sistemáticamente a los intereses y sentimientos de las víctimas para apoyar y legitimar lo que llama «segregación punitiva». Estas obtienen una posición privilegiada en la narrativa política pero, según GARLAND, en realidad se trata más bien de una proyección, de una caricatura política de «la víctima», no de que los intereses y opiniones de las víctimas ocupen un lugar central (véase también DAEMS, 2018). GARLAND plantea con ello un asunto al que se viene prestando atención desde hace muchos años en los debates críticos en torno al movimiento por las víctimas y las políticas sobre las mismas. Según Robert ELIAS (1986, 1993), el movimiento que tuvo lugar en los Estados Unidos en los años ochenta fue encapsulado en una agenda conservadora de ley y orden. Las víctimas desempeñaron en ella tres funciones políticas: impulsar la legitimidad del estado elevándolo a la categoría de gran «amigo de las víctimas» y desviar la atención de una fallida War on Crime (guerra al crimen); aumentar el apoyo político y el reclutamiento de votos en campañas electorales; reforzar al represivo aparato estatal mediante la votación de nuevas leyes «en nombre de las víctimas» y el inicio de un ataque a la condición jurídica de los presuntos delincuentes (véase también DUBBER, 2002). En estas líneas se encuentra la publicación de Legal Action Group (CAPE, 2004) en Gran Bretaña. En esa compilación, varios autores señalan la determinación de New Labour de colocar a la víctima en el centro de la justicia penal escatimando, en el mismo movimiento, los derechos de los presuntos delincuentes. Se presenta a las víctimas en forma de caricatura, y lo que se detecta detrás de la fachada de víctima es sobre todo la lucha por una justicia penal más rápida y eficiente y no una agenda para mejorar la situación de las víctimas.

En La volonté de punir (La voluntad de castigar), el magistrado francés Denis SALAS (2005) presta mucha atención a las víctimas. Salas explica el recrudecimiento del clima penal en Francia a través de la noción de «populismo penal». Las víctimas y las penas duras constituyen los ingredientes del cóctel del populismo penal. Es una narrativa que se caracteriza por una llamada al castigo en nombre de las víctimas afectadas y que está dirigida contra las fallidas instituciones democráticas. Se deja de lado a las instituciones mediadoras, favoreciendo un vínculo directo con la opinión pública y las víctimas, las cuales pasan al primer plano, hasta el punto que el autor del hecho punible se vuelve «invisible». El proceso penal va tomando cada vez más la forma de una lucha por el reconocimiento de la victimización (DAEMS, 2007). En su libro Éloge de la barbarie judiciaire (Elogio de la barbarie judicial), el abogado Thierry LÉVY (2004) señala el gran alcance del impacto del tema de la víctima en los desarrollos

contemporáneos de Francia en materia penal. En el capítulo titulado «Víctimas sagradas», condena la forma en que la hipersensibilidad hacia las víctimas menoscaba aún más las reglas del juego del proceso penal donde el Ministerio Público defiende a la víctima y con ello recupera un pedazo de su legitimidad perdida; la voz de la víctima suena, por definición, más verosímil; los interrogatorios de las víctimas por parte de la defensa deben reducirse a un mínimo para evitar posibles efectos traumatizantes, etcétera. Lo que resuena en todas estas observaciones sobre la dimensión político- instrumental de la victimización es una variante de lo que SESSAR (1990) calificaría de «victimización terciaria»: el uso y abuso políticos de la víctima.

Para concluir esta sección abordaremos brevemente la dimensión económica de la victimización. Se trata de un tipo de «industria de la víctima» diferente de la que se expuso anteriormente: el tema central no es la forma en que se «producen» las víctimas, sino cómo la victimización puede permitir ventajas materiales. Esto puede ocurrir al menos de tres maneras distintas. En primer lugar, ya se ha indicado antes que la identidad de víctima está vinculada a algunas ventajas que tienen que ver con cómo perciben otras personas a la persona en cuestión. Algunas víctimas pueden explotar, individualmente o en grupo, esa inocencia y desvalidez atribuidas. En su libro sobre la «Industria del Holocausto», Norman FINKELSTEIN (2000), que es judío y perdió una parte de su familia en este genocidio, se muestra extremamente crítico sobre la manera en que una élite judía norteamericana abusa de su identidad de víctima en un juego de poder y la lucha por medios materiales. FINKELSTEIN habla de una «rama de extorsión» con la que se extrajeron deshonestamente compensaciones en Suiza, Alemania y países de Europa del Este. En segundo lugar, en textos crítico-culturales se señala a menudo cómo surge en torno de la victimización un nuevo cuerpo de expertos que consiste en terapeutas, abogados especializados en reclamaciones de indemnización y todo tipo de asesores y orientadores. Al fin y al cabo, el crecimiento de una «cultura de terapia» (FUREDI, 2004) o una «sociedad de víctimas» (SYKES, 1992) abre muchas posibilidades para la ampliación de actividades profesionales en el ámbito de ayuda a las víctimas. En tercer lugar, toda una industria de seguridad que lanza al mercado un amplio abanico de productos y servicios se beneficia de un clima de miedo por la victimización y se dirige a ciertos grupos. Por ejemplo, STANKO (1995) denuncia la forma en que se bombardea a las mujeres con consejos y artículos para la seguridad. Los padres inquietos pueden adquirir aplicaciones de software lanzadas al mercado por empresas de ordenadores con nombres rimbombantes como uLocate, Followit, Find Friend y Wherify Wireless, con las que pueden localizar a sus hijos desde su propio ordenador. Por otra parte, el mercado de teléfonos móviles presenta los móviles infantiles como aparatos de seguridad (DAEMS, 2004) - y lo mismo se aplica a empresas que venden nuevos medios de control telemáticos que permiten rastrear movimientos, no solo de los autores de delitos, sino también de niños pequeños o ancianos que padecen demencia (DAEMS, 2020).

7. Decisión: más allá de una victimología ciclópea

Una visión sociológica de la victimización muestra cómo el interés por las víctimas puede surgir desde ángulos muy diversos, y que se pueden aplicar diversos marcos de interpretación para obtener una mejor comprensión de este tema. Además, una exploración de este tipo pone al descubierto las profundas raíces del tema de la víctima en la sociedad contemporánea. En tanto que la palabra «víctima» evoca espontáneamente cargas de significado de pasividad e indefensión, se constata que, tras un análisis más profundo, hay mucha actividad – actividad

social – en torno a las víctimas y su condición. La victimización desencadena muchas reacciones – conscientes e inconscientes, sinceras y menos sinceras, formales e informales – que tienen un impacto formativo en la realidad social.

El estudio sociológico de las víctimas y su condición resulta importante porque nos facilita una clave para una mejor comprensión del funcionamiento de la sociedad en sí (DAEMS, 2021). ¿Por qué hay víctimas que reciben mucha atención y otras que no reciben ninguna? ¿La joven estudiante sí, pero el refugiado que llega en patera no? Es necesario plantearse este tipo de preguntas para evitar que esa atención se acepte con demasiada rapidez como algo natural (DAEMS, 2005a). Pero las preguntas de este tipo también son importantes porque las reacciones hacia la criminalidad se forman y cambian a través de la manera en que comprendemos a las víctimas y su condición. El tema de la víctima (y con ello la producción científica que conlleva) deja su impronta en las visiones acerca de castigo y sociedad. Por ejemplo, CESONI y RECHTMAN (2005) sostienen que la «recuperación psicológica» de la víctima amenaza en convertirse en una nueva función de castigo. Con «recuperación psicológica» no se refieren al derecho de restitución o a la recogida de fondos para la indemnización económica de las víctimas; estos autores señalan que la determinación de la pena se realiza bajo el signo de la recuperación psicológica, partiendo del convencimiento de que la naturaleza y la duración de la pena impuesta ayudaría a las víctimas a procesar los hechos. Dan algunos ejemplos de ello: abogados que declaran que la fase de duelo de sus clientes no puede empezar de ninguna manera mientras no haya concluido el proceso; ministros que manifiestan que la función de la justicia no se limita a designar a los culpables, sino que también es una «etapa en la necesaria reconstrucción de la víctima» (véase también SALAS, 2004, 2005; DAEMS, 2010, 2019). Es muy significativo en este contexto que a la pena de muerte también se le atribuye un poder curativo: la eliminación física ayudaría a los familiares de las víctimas a cerrar un doloroso proceso. Se propone la aniquilación del autor del hecho punible como una condición para poder pasar una página totalmente negra en la vida de los familiares y supervivientes. Según Franklin ZIMRING (2003), en la iconografía norteamericana en torno a la pena de muerte actúa una especie de «simbolismo de prestación personal de servicios»:

«The death penalty [...] is regarded as a policy intended to serve the interests of the victims of crime and those who love them, a personal rather than a political concern, an undertaking of government to serve the needs of individual citizens for justice and psychological healing.» (ZIMRING, 2003: 49) (La pena de muerte [...] se considera como una política dirigida a servir los intereses de las víctimas del crimen y de las personas que las quieren, un asunto personal más que político, una tarea del gobierno para servir las necesidades de los ciudadanos individuales de justicia y cura psicológica).

Los defensores de la pena de muerte y de la justicia restaurativa hablan en los mismos términos con relación a este asunto: hablan de reacciones a crímenes que contribuyen a la recuperación emocional; hablan del cierre («closure») de un período difícil; abogan por dar voz a las víctimas (y a los familiares de las mismas) para darles la oportunidad de que esbocen su martirio y miden el éxito de intervenciones estratégicas en base a experiencias de las víctimas. La pena de muerte y las intervenciones de justicia restaurativa tienen, naturalmente, una finalidad completamente distinta, pero el mero hecho de que los defensores de ambas opciones hablen en los mismos términos sobre las necesidades y la recuperación de las víctimas debería hacer reflexionar y ejemplifica que ambas prácticas penales se nutren del mismo suelo fértil (DAEMS, 2010, 2019).

Una victimología que tiene como objetivo exclusivo la mejora del destino y la emancipación de las víctimas (Ezzat FATTAH (1980) describió esto como una «victimología de la acción») y que da la espalda a las preguntas y a retos planteados por la sociología de la victimización corre el riesgo de convertirse en una «victimología ciclópea» (DAEMS, 2008b; 2019). Según el politólogo holandés Herman VAN GUNSTEREN (2004), que propone que los políticos con excesivo celo en ocasiones parecen cíclopes cuando deben hacer frente al terror (dirigen toda su atención a los peligros del terrorismo, pero les falta un ojo para ver los peligros que su propia manera de abordar este asunto supone para la democracia), existe el riesgo de que el afán de mejorar la situación de las víctimas nos ciegue a la hora de ver los posibles efectos secundarios. Muchos de los temas centrales en la sociología de la victimización – el populismo, la terapeutización, la explotación del sufrimiento, el afán de competencia, la política de identidad, etcétera – no son en absoluto inocentes. Por consiguiente, una mejor comprensión de las dinámicas que se ocultan detrás de la atención por la víctima no solo es necesario para ampliar la formación de la teoría criminológica y la investigación empírica, sino que también es imprescindible para el desarrollo de una victimología que desee ser consciente del contexto social en el que lleva a cabo sus actividades científicas.

8. Bibliografía

David L. ALTHEIDE (2002), Creating Fear. News and the Construction of Crisis. New York, Aldine de Gruyter.

Menachem AMIR (1971), Patterns in Forcible Rape. Chicago, University of Chicago Press.

Zygmunt BAUMAN (1990), Thinking Sociologically. Oxford, Blackwell.

Zygmunt BAUMAN (2001), Community. Seeking Safety in an Insecure World. Cambridge, Polity Press.

Katherine BECKETT (1997), Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics. New York, Oxford University Press.

Joel BEST (1997), "Victimization and the Victim Industry". Society, May - June, págs. 9-17.

Joel BEST (1999), Random Violence. How we Talk about New Crimes and New Victims. Berkeley, University of California Press.

Willem A. BONGER (1916), Criminality and Economic Conditions. Boston, Little, Brown, and Company.

Hans BOUTELLIER (1985), "Met alleen nog de persoon als inzet. Het jongerenwerk en de moraal", Welzijnsmaandblad, 39, 3, págs. 19-23.

Hans BOUTELLIER (1990), "De secularisering van moraal. Een beschouwing over de relatie tussen godsdienst en criminaliteit", Justitiële Verkenningen, 16, 6, págs. 10-43.

Hans BOUTELLIER (1993a), Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur. Nijmegen, SUN.

Hans BOUTELLIER (1993b), "Over de morele keuze voor criminaliteit", Tijdschrift voor Criminologie, 35, 4, págs. 314-326.

Hans BOUTELLIER (1994), "De zorgzame staat: over het morele motief in overheidsbeleid", Justitiële Verkenningen, 20, 6, págs. 85-102.

Hans BOUTELLIER (1998), "De stille revolutie van Justitie", Proces, 77, 11/12, págs. 175-177.

Hans BOUTELLIER (2000a), Crime and Morality. The Significance of Criminal Justice in Post-modern Culture. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

Hans BOUTELLIER (2000b), "De postmoderne zondenval. Beschouwing over veiligheid, strafrecht en humanisme", Tijdschrift voor Humanistiek, 1, 1, págs. 4-14.

Hans BOUTELLIER, (2002), De Veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf. The Hague, Boom Juridische Uitgevers.

Hans BOUTELLIER (2004), The Safety Utopia. Contemporary Discontent and Desire as to Crime and Punishment. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

Hans BOUTELLIER (2005), "Tussen voorzorgcultuur en veiligheidsutopie. Reactie op Roel Pieterman", Recht der Werkelijkheid, 26, 1, págs. 67-70.

Hans BOUTELLIER (2006), "The Vital Context of Restorative Justice", en AERTSEN, Ivo, DAEMS, Tom y ROBERT, Luc (eds.) Institutionalizing Restorative Justice, Cullompton, Willan Publishing, págs. 25-42.

Hans BOUTELLIER (2019), A Criminology of Moral Order. Bristol, Bristol University Press.

Ian BURUMA (1999), "The Joys and Perils of Victimhood", The New York Review of Books, 8 abril.

Ian BURUMA (2002), "Competing for victimhood", The Guardian, 29 enero.

Ybo BURUMA (2003), "Opstand der slachtoffers. De cultuursociologische en strafrechtelijke invalshoeken", Nederlands Juristenblad, 23, págs. 1166-1174.

Ed CAPE (ed.) (2004), Reconcilable rights? Analysing the tension between victims and defendants. Londres, LAG Education and Service Trust Limited.

Gray CAVANDER (2004), "Media and Crime Policy. A Reconsideration of David Garland's The Culture of Control", Punishment & Society, 6, 3, págs. 335-348.

Maria L. CESONI y Richard RECHTMAN (2005), "La 'réparation psychologique' de la victime: une nouvelle fonction de la peine?", Revue de droit pénal et de criminologie, 85, 2, págs. 158-178.

Jean-Michel CHAUMONT (2000), "Du culte des héros à la concurrence des victimes", Criminologie, 33, 1, págs. 167-183.

Jean-Michel CHAUMONT (2002), La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance. Paris, La Découverte.

Nils CHRISTIE (1986), "The Ideal Victim", en FATTAH, Ezzat, A. (ed.), From Crime Policy to Victim Policy, Houndsmills, MacMillan, págs. 17-30.

Stanley COHEN (1985), Visions of Social Control. Cambridge, Polity Press.

Francis T. CULLEN, Gregory A. CLARK y John F. WOZNIAK, (1985), "Explaining the Get-Tough Movement: Can the Public be Blamed?", Federal Probation, 49, 2, págs. 16-24.

Elliott P. CURRIE (1968), "Crimes without Criminals. Witchcraft and its Control in Renaissance Europe", Law & Society Review, 3, 1, págs. 7-32.

Tom DAEMS (2004), "Ze zijn zo bereikbaar, meneer", De Standaard, 12 octubre.

Tom DAEMS (2005a), "Slachtoffers in H/holsters", en VERBRUGGEN, Frank, VERSTRAETEN, Raf, VAN DAELE, Dirk y SPRIET, Bart (eds.) Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont, Leuven, Universitaire Pers Leuven, págs. 329-343.

Tom DAEMS (2005b). "Repeat victimisation and the study of social control", International Journal of the Sociology of Law, 33, 2, págs. 85-100.

Tom DAEMS (2006), "Marsen die tweedracht zaaien", De Standaard, 26 mayo.

Tom DAEMS (2007), "Engaging with penal populism: the case of France", Punishment & Society, 9, 3, págs. 319-324.

Tom DAEMS (2008a), Making Sense of Penal Change. Oxford, Oxford University Press.

Tom DAEMS (2008b), "Victimologen met stekelvacht", Tijdschrift voor Herstelrecht, 8, 4, págs. 45-52.

Tom DAEMS (2010), "Death of a Metaphor? Healing Victims and Restorative Justice", en Shlomo, G. SHOHAM, Paul KNEPPER y Martin KETT (eds.) International Handbook of Victimology. Boca Raton, CRC Press, págs. 491-510.

Tom DAEMS (2018), "La cultura del control y la sociología del castigo", en SOZZO, Máximo (ed.), ¿Más allá de la cultura del control? Debates sobre delito, pena y orden social con David Garland. Buenos Aires, Ad-Hoc, págs. 229-266.

Tom DAEMS (2019), "Restorative justice, victims and the hermeneutics of suspicion", International Journal of Restorative Justice, 2, 3, págs. 478-486.

Tom DAEMS (2020), Electronic Monitoring: Tagging Offenders in a Culture of Surveillance. Londres, Palgrave Macmillan.

Tom DAEMS (2021, en preparación), Victims: A Sociology for the Aftermath of Crime. Londres, Routledge.

Tom DAEMS y Bas VAN STOKKOM (2019), "'Liever het landschap dan de struiken': in gesprek met Hans Boutellier", Tijdschrift over Cultuur & Criminaliteit, 9, 1, págs. 53-68.

Willem DE HAAN (1994), "Bespreking van Hans Boutellier, Solidariteit en slachtofferschap", Recht en Kritiek, 20, 4, págs. 369-376.

Markus D. DUBBER (2002), Victims In The War On Crime. The Use And Abuse Of Victims' Rights. New York, New York University Press.

Marian DUGGAN, (ed.) (2018), Revisiting the 'Ideal Victim'. Developments in Critical Victimology. Bristol, Policy Press.

Robert ELIAS (1986), The Politics of Victimization. Victims, Victimology, and Human Rights. New York, Oxford University Press.

Robert ELIAS (1993), Victims Still. The Political Manipulation of Crime Victims. Londres, Sage.

Robert ELIAS (1996), "Paradigms and Paradoxes of Victimology", en Chris SUMNER, Mark ISRAEL, Michael O'CONNELL y Rick SARRE (eds.) International victimology: selected papers from the 8th International Symposium (proceedings of a symposium held 21-26 August 1994), Canberra, Australian Institute of Criminology, págs. 9-34.

Ezzat A. FATTAH (1971), La victime est-elle coupable? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol. Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal.

Ezzat,A. FATTAH. (1980), "Victimologie : tendances récentes ",Victimologie, 13, 1, págs. 6-36.
Ezzat A. FATTAH (1991), Understanding Criminal Victimization. Scarborough, Prentice-Hall.

Ezzat A. FATTAH (ed.) (1992), Towards a Critical Victimology. New York, St. Martin's.

Norman FINKELSTEIN (2000), De Holocaust-Industrie. Bespiegelingen over de exploitatie van het joodse lijden. Amsterdam, Mets en Schilt.

David O. FRIEDRICHS (1983), "Victimology: A Consideration of the Radical Critique", Crime & Delinquency, 29, 2, págs. 283-294.

Frank FUREDI (2002), Culture of Fear. Risk-taking and the Morality of Low Expectation. Revised Edition. Londres, Continuum.

Frank FUREDI (2004), Therapy Culture. Cultivating Vulnerability in an Anxious Age. Londres, Routledge.

David GARLAND (1990), Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory. Oxford, Clarendon Press.

David GARLAND (2001), The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. Oxford, Oxford University Press.

Gabriel GATTI (ed.) (2017), Un mundo de víctimas. Barcelona, Anthropos.

Nicole, J. HENDERSON, Christopher, W. ORTIZ, Naomi, F. SUGIE y Joel MILLER (2006), Law Enforcement & Arab American Community Relations After September 11, 2001. Engagement in a Time of Uncertainty. New York, Vera Institute of Justice.

Myriam HERRERA MORENO (ed.) (2018), La víctima en sus espejos variaciones sobre víctima y cultura. Barcelona, Jose María Bosch Editor.

James, A. HOLSTEIN y Gale MILLER (1990), "Rethinking victimization: An interactional approach to victimology", Symbolic Interaction, 13, 1, págs. 103-122.

Robert HUGHES (1993), Culture of Complaint. The Fraying of America. New York, Oxford University Press.

Alexandre LACASSAGNE (1913), "Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912", Archives d'antropologie criminelle, págs. 321-364.

Susana LAGUNA HERMIDA y Laura GÓMEZ GARCÍA (eds.) (2019), Manual de victimología. Madrid: Delta Publicaciones.

John LEA (2002), "Book Review: H. Boutellier. Crime and Morality", International Criminal Justice Review, 12, págs. 149-150.

John LEA y Jock YOUNG (1993), What is to be done about Law and Order? Londres, Pluto Press.

Thierry LEVY (2004). Éloge de la barbarie judiciaire. Paris, Odile Jacob.

Scott KENNEY (2002), "Victims of crime and labeling theory: a parallel process?" Deviant Behavior, 23, 3, págs. 235-265.

Hermann MANNHEIM (1965), Comparative Criminology: A Text Book. Londres, Routledge y Kegan Paul.

Rob, I. MAWBY y Sandra WALKATE (1994), Critical Victimology: International Perspectives. Londres, Sage.

Marilyn, D. MCSHANE y Frank P. WILLIAMS (1992), "Radical victimology: A critique of the concept of victim in traditional victimology", Crime & Delinquency, 38, 2, págs. 258-271.

David MIERS (1980), "Victim Compensation as a Labelling Process", Victimology, 5, 1, pags., 3-16.

David MIERS (1989), "Positivist victimology: a critique", International Review of Victimology, 1, 1, págs. 3-22.

David MIERS (1990), "Critical victimology", International Review of Victimology, 1, 3, págs. 219-230.

Tony PETERS (1993), "Slachtofferschap: probleemanalyse, sociale en penale reacties", en GOETHALS, Johan y PETERS, Tony (eds.) De achterkant van criminaliteit, Leuven, Universitaire Pers Leuven, págs. 5-90.

Alan PHIPPS (1986), "Radical criminology and criminal victimization: proposals for the development of theory and intervention", en MATTHEWS, Roger y YOUNG, Jock (eds.) Confronting Crime, Londres, Sage, págs. 97-117.

John PRATT (1985), "Delinquency as a Scarce Resource", Howard Journal of Criminal Justice, 24, 2, págs. 93-107.

Richard QUINNEY (1972), "Who is the victim?", Criminology, 10, 3, págs. 314-323.

Paul ROCK (1998), "Murderers, victims and 'survivors.' The social construction of deviance", British Journal of Criminology, 38, 2, págs.185-200.

Paul ROCK (2002), "On Becoming a Victim", en HOYLE, Carolyn y YOUNG, Richard (eds.) New Visions of Crime Victims. Oxford, Hart Publishing, págs. 1-22.

Paul ROCK (2004), Constructing Victims' Rights. The Home Office, New Labour, and Victims. Oxford, Oxford University Press.

Dick RUIMSCHOTEL (1993), "Besprekingsartikel: Het mondige slachtoffer als bron van morele legitimatie van het strafrecht", Tijdschrift voor Criminologie, 35, 4, págs. 400-416.

Denis SALAS (2004), "La nouvelle victime ou la dette sans réponse ", en MAGOS, Vincent (ed.) Procès Dutroux. Penser l'émotion, Bruselas, Ministère de la Communauté française, págs., 233-239.

Denis SALAS (2005), La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal. Paris, Hachette Littératures.

Andrew SANDERS (2004), "Involving victims in sentencing: a conflict with defendants' rights?", en CAPE, Ed (ed.) Reconcilable rights? Analysing the tension between victims and defendants, Londres, LAG Education and Service Trust Limited, págs. 97-110.

Klaus SESSAR (1990), "Tertiary Victimization: A Case of the Politically Abused Crime Victims", en GALAWAY, Burt y HUDSON, Joe (eds.) Criminal Justice, Restitution and Reconciliation, Monsey, Criminal Justice Press, págs. 37-45.

Shlomo, G., SHOHAM, Paul KNEPPER y Martin KETT (eds.) (2010), International Handbook of Victimology. Boca Raton, CRC Press.

Alain-Gérard SLAMA (1993), L'angélisme Exterminateur. Paris, Grasset.

Elizabeth, A. STANKO (1995), "Women, Crime, and Fear", The Annals of The American Academy of Political and Social Science, 539, págs. 46-58.

Charles SYKES (1992), A Nation of Victims. The Decay of the American Character. New York, St. Martin's Press.

Herman VAN GUNSTEREN (2004), Gevaarlijk veilig. Terreurbestrijding in de democratie. Amsterdam, van Gennep.

René VAN SWAANINGEN (1995), "Het confectiepak van product-manager Justitia. Acht verhalen achter een Law and Order beleid", Recht en Kritiek, 21, 1, págs. 13-37.

Jac VAN WERINGH (1971), Heeft onze maatschappij de criminaliteit die zij verdient? Amsterdam, Uitgeverij De Arbeiderspers.

Gema VARONA MARTÍNEZ (2018), Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas. Pamplona, Editorial Aranzadi.

Heikelien VERRIJN STUART (1994), "Via onschuld naar macht. Slachtoffers in het strafproces", Justitiële Verkenningen, 20, 2, págs. 94-114.

Sandra WALKLATE (1990), "Researching victims of crime: critical victimology", Social Justice, 17, 3, págs. 25-42.

Sandra WALKLATE (1992), "Appreciating the victim: Conventional, realist or critical victimology?" en Roger MATTHEWS y Jock YOUNG (eds.) Issues in Realist Criminology, Londres, Sage, págs. 102-118.

Sandra WALKLATE (ed.) (2017), Handbook of Victims and Victimology (Second Edition). Londres, Routledge.

Iain WILKINSON (2005), Suffering. A Sociological Introduction. Cambridge, Polity Press.

Marvin, E. WOLFGANG (1958), Patterns in Criminal Homicide. Londres, Oxford University Press.

Franklin, E. ZIMRING (2003), The Contradictions of American Capital Punishment. New York, Oxford University Press.

InDret
2.2020

Relación entre la violencia en la pareja y otras formas de victimización: un estudio de clases latentes en población universitaria

Josep M. Tamarit Sumalla
Universitat Oberta de Catalunya y Universitat de Lleida

Claudia Malpica Lander
Universitat Oberta de Catalunya

Irene Montiel Juan
Universitat Oberta de Catalunya y Universidad Internacional de La Rioja
-

Sumario
-
La victimización de menores, la violencia sexual, la violencia en las relaciones de pareja y las diversas formas de violencia familiar han sido estudiadas en gran medida como fenómenos aislados, aunque en los últimos tiempos una creciente actividad de investigación, llevada a cabo especialmente en países anglosajones, ha revelado una fuerte relación e incluso un solapamiento entre las diferentes formas de victimización. En este estudio, realizado con una muestra de estudiantes universitarios, se examinan las pautas de victimización violenta en relaciones familiares y de pareja, que se comparan entre sí y con la victimización sexual y en la infancia. Se ha empleado el análisis de clases latentes, como una herramienta válida para modelar empíricamente la co-ocurrencia de diversas formas de violencia. Los resultados han mostrado la relevancia de la polivictimización y de la victimización infantil como predictor de victimización familiar y en la pareja en la vida adulta.

Abstract
-
Child abuse, intimate partner violence and various forms of family violence have been largely been studied as isolated phenomena, though in recent years an increasing body of research, conducted mostly in Anglo-saxon countries, has revealed a strong relationship and even an overlap between different types of victimization. The aim of the present study was to examine patterns of violence victimization in family and intimate relationships in a sample or university students, comparing these patterns also with sexual victimization and in childhood. We used latent class analysis, as a suitable tool for empirically modelling co-occurrence of various forms of violence. The results have revealed the relevance of poly-victimization and that child victimization is a powerful predictor of family and intimate partner victimization in adulthood.

Title: *Relationship between intimate partner violence and other types of victimization: a latent class analysis in a University population*
-

Palabras clave: Violencia de pareja, victimización, clases latentes, victimología, violencia familiar
Keywords: *intimate partner violence, victimisation, latent classes, victimology, domestic violence*
-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.11
-

InDret

2.2020

Recepción
26/09/2019
-
Aceptación
21/02/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. Estado de la cuestión
3. Método
3.1. Muestra
3.2. Variables
3.3. Estrategia de análisis
4. Resultados
4.1. Violencia en relaciones de pareja
4.2. Violencia familiar
4.3. Victimización infantil
4.4. Análisis de clases latentes
5. Discusión y conclusiones
6. Bibliografía
Anexo I. Tablas de los análisis estadísticos

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

-

1. Introducción*

La violencia en las relaciones de pareja y la violencia de género han sido estudiadas, generalmente, como fenómenos aislados respecto a otras manifestaciones de violencia familiar o doméstica, examinadas a su vez, cada una de ellas, como entidades fenomenológicas diferenciadas; así, por ejemplo, la violencia paterno filial, contra menores, entre hermanos o contra personas mayores. Ello responde, en gran medida, a la dinámica propia de la especialización científica, aunque también es consecuencia de decisiones condicionadas por razones de índole política o moral, como la voluntad de observar la violencia de género como fenómeno atribuible a una causa macrosocial que transciende a las dinámicas concretas de las relaciones entre los individuos. Sin embargo, en los últimos años, un creciente cuerpo de investigación, principalmente en países anglosajones, ha revelado una fuerte asociación e incluso una superposición entre la violencia en las relaciones de pareja y otros tipos de violencia entre personas próximas, básicamente en el ámbito de la familia, y también con la victimización experimentada en la infancia.

Una revisión de la bibliografía existente en el ámbito internacional muestra apoyo empírico a la constatación de que en el contexto de las relaciones íntimas y familiares varios tipos de violencia tienden a coexistir (STRAUS, GELLES Y STEINMETZ 1980; FELSON Y LANE 2010; HAMBY, FINKELHOR, TURNER Y ORMROD, 2010). Además, las víctimas de violencia a menudo experimentan diversas formas de violencia durante su vida. Así, los niños que son víctimas de abuso sexual también pueden sufrir abuso físico de los padres y estar expuestos a episodios de violencia entre sus padres o cuidadores, pero también se ha descubierto que el abuso infantil y la exposición a violencia parental son los mejores predictores de la violencia de pareja y otros tipos de violencia en la edad adulta (WIDOM, CZAJA Y DUTTON, 2008). Los estudios de revictimización han demostrado que el abuso sexual infantil, el abuso físico y la negligencia predicen la victimización física y sexual que los individuos experimentan una vez alcanzada la edad adulta (MCINTYRE Y WIDOM, 2011).

Por otro lado, varios estudios muestran que la presencia de una forma de violencia familiar es un factor de riesgo para la existencia de otras formas (HAMBY ET AL. 2010; TOLAN, 2006). Por ejemplo, HAMBY et al. (2010) han revelado que haber presenciado violencia de pareja entre los padres o cuidadores principales está muy estrechamente relacionado con varias formas de exposición a otras formas de violencia familiar.

En el presente trabajo se examinan los patrones de victimización por violencia en la pareja, familiar, sexual y en la infancia en una muestra de estudiantes universitarios, para el cual se ha utilizado el análisis de clases latentes, como una herramienta adecuada para modelar empíricamente la concurrencia de varias formas de violencia.

2. Estado de la cuestión

En la Encuesta nacional estadounidense de exposición infantil a violencia (n = 4.549) se descubrió que el 34% de los jóvenes que presenciaron violencia de pareja también habían sido maltratados en el último año, en comparación con el 8,6% de los no expuestos (HAMBY ET AL., 2010). Además, estrictamente en lo que respecta a la violencia en las relaciones de pareja, las

* Autor de contacto: *Josep M. Tamarit Sumalla, jtamarit@uoc.edu*

diversas formas de violencia, psicológica, física y sexual, a menudo co-ocurren (VILLAMIL, LEE, GILREATH Y UNGER, 2018).

Por otra parte, un creciente número de estudios muestra la co-ocurrencia de las diversas formas de victimización en la infancia. Dong et al. (2004) han examinado el grado en que las experiencias adversas en la infancia, tales como el abuso sexual, maltrato y exposición a violencia parental, ocurren conjuntamente, analizando datos de 8.629 miembros adultos de un plan de salud que completaron una encuesta con 10 ítems. Las 10 categorías se asociaron significativamente entre ellas. Si las personas tuvieron una experiencia adversa en la infancia, la probabilidad de tener otra resultó ser de 2 a 18 veces mayor que la de aquellos que no informaron ninguna. Estos resultados son de interés práctico, ya que se ha demostrado que la influencia negativa a corto y largo plazo de la victimización infantil en los comportamientos y en el bienestar emocional y social es acumulativa (ANDA ET AL., 2006). En este sentido, las consecuencias de la polivictimización serían más graves que los efectos de la exposición a un único tipo de violencia, incluso si esta es de forma reiterada (ÁLVAREZ-LISTER, PEREDA, ABAD Y GUILERA, 2014).

Por su parte, PEREDA, ABAD Y GUILERA (2014) analizaron la prevalencia a lo largo de la vida y la incidencia en el último año de la victimización y la polivictimización en una muestra comunitaria de adolescentes españoles de entre 12 y 17 años (N = 1107) mediante la versión española del *Juvenile Victimization Questionnaire* (JVQ; FINKELHOR, HAMBY, ORMROD Y TURNER, 2005), traducido y validado por Pereda, Gallardo-Pujol y Guilera (2018). Casi un 20% de los jóvenes fueron clasificados como polivíctimas, un 15,2% había experimentado entre 4 y 6 victimizaciones (baja polivictimización) y un 4,1% siete o más (elevada polivictimización). Además, estas autoras observan que los jóvenes del grupo de *lifetime polyvictims* no sólo habían vivido un elevado número de acontecimientos victimizantes sino que también habían experimentado victimización en más ámbitos (delitos comunes, victimización por cuidadores, victimización por iguales o hermanos, victimización sexual, victimización indirecta y victimización electrónica), concretamente en tres o más de los dominios que evalúa el JVQ, en consonancia con otros estudios (por ejemplo, CYR, CLEMENT Y CHAMBERLAND, 2014).

De acuerdo con los resultados de la literatura científica en este ámbito, HAMBY Y GRYCH (2013) señalaron que el estudio de la co-ocurrencia de las diferentes formas de victimización, es decir, examinar la conexión existente entre ellas, constituye un enfoque más coherente que la visión aislada de las diversas modalidades de victimización.

Más allá de la coincidencia referida desde la perspectiva de las víctimas, varios estudios han revelado una superposición significativa entre conducta violenta y victimización (LANGHINRISCHEN-ROHLING, SELWYN Y ROHLING, 2012), lo cual acentúa la necesidad de examinar la violencia de pareja y otras formas de violencia en las relaciones familiares al mismo tiempo, desde la perspectiva de la agresión y la victimización (LAWRENCE, YOON, LANGER Y RO, 2009). En este sentido, algunos estudios han indicado que las personas involucradas en incidentes violentos en relaciones de pareja pueden clasificarse en tres grupos diferentes: solo víctimas, solo perpetradores y tanto víctimas como perpetradores. MUFTIC ET AL. (2012), después de un período de seguimiento de una muestra de 1.256 individuos, descubrieron que estos tres grupos eran distinguibles entre sí en función del sexo y la exposición a delitos. En comparación con el grupo de víctimas y con el de delincuentes, el grupo de víctimas-delincuentes era el más simétrico en cuanto al sexo y había tenido un mayor número de contactos con el sistema de

justicia. Estos hallazgos apoyarían, según los autores, las construcciones teóricas del apareamiento selectivo y las actividades rutinarias. Además, el solapamiento víctima-delincuente resulta ser en gran medida una consecuencia de la violencia bidireccional. Este patrón prevalente de violencia tiende a ser más evidente en adolescentes y adultos jóvenes (SPENCER, RENNER Y CLARK, 2016).

Por otro lado, los resultados de la investigación sobre perpetradores también avalan la idoneidad de abordar la violencia de forma no segmentada por las diversas formas de violencia. Un estudio realizado en España sobre actitudes de aceptación de la violencia, efectuado con una muestra de 160 condenados por violencia de género, halló que los sujetos que aceptan más la violencia en la pareja y el maltrato o abuso infantil muestran una mayor tendencia a la aceptación de la violencia en general, no específica respecto a determinados ámbitos o clases de individuos (GRACIA, RODRÍGUEZ, MARTÍN-FERNÁNDEZ Y LILA, 2017). Para los autores, reconocer que la aceptación de la violencia es un factor de riesgo tanto para la comisión de violencia en la pareja como para otras formas de violencia familiar permite enfocar la prevención y la intervención hacia programas que aborden de modo más extenso y eficaz la problemática de la violencia.

El análisis de clases latentes ha sido utilizado en algunos estudios que se han propuesto examinar la concurrencia de la violencia en el ámbito de las relaciones de pareja con otras formas de victimización. Este tipo de análisis es un método estadístico que permite agrupar casos a partir de datos categóricos (de presencia y ausencia) en diversas clases no observables directamente. Un ejemplo de utilización de este método es el estudio de CAVANAUGH ET AL. (2012), quienes encontraron distintos patrones de violencia experimentados por una muestra de 1.424 mujeres estadounidenses enfermeras y personal de enfermería. Estos patrones se reflejaron en cuatro clases, caracterizadas como baja violencia (clase 1), violencia dentro de una relación de pareja (clase 2), violencia en el lugar de trabajo (clase 3) o violencia en la infancia (clase 4). Los miembros de las clases 2 y 4 tuvieron significativamente más probabilidades de experimentar problemas de salud mental en comparación con los de la clase 1. Asimismo, pertenecer a la clase 2 (violencia de pareja) apareció asociado a la clase 4 (abuso infantil) y a mayores probabilidades de sintomatología postraumática y depresiva.

En otro estudio, a partir de una muestra de 212 mujeres estadounidenses de diferentes antecedentes raciales/étnicos y socioeconómicos, a quienes se preguntó por las experiencias de victimización padecidas y las conductas de agresión cometidas en el último año, WEISS ET AL. (2017) identificaron cuatro clases: una clase más numerosa (43%) caracterizada por una baja victimización y agresión física, psicológica y sexual; una segunda clase (29%) de alta victimización y agresión física y psicológica; una tercera clase (15%) integrada por mujeres con una alta victimización y agresión física, psicológica y sexual, y finalmente una cuarta clase (13%) caracterizada por una baja agresión física y psicológica pero alta victimización y agresión sexual. Las mujeres en las clases definidas por una mayor violencia (tanto en perpetración como en victimización) exhibieron más síntomas postraumáticos y depresivos. Los resultados sugieren que la gravedad de la violencia puede ser más relevante para el desarrollo de síntomas psicopatológicos que el tipo de violencia sufrida.

Por su parte, VILLAMIL ET AL. (2018) distinguieron cuatro subgrupos en una muestra de 1.060 adultos latinos en California, con un 22% de individuos que habían tenido alguna experiencia de perpetración de violencia y de victimización y un 78% sin ninguna experiencia de violencia

de pareja, ni como agresor ni como víctima (78%). Los del primer grupo quedaron divididos en tres clases, la primera compuesta por jóvenes que solo experimentaron violencia bidireccional (11%); la segunda por individuos que experimentaron solo violencia psicológica bidireccional y victimización (8%) y la clase más pequeña de violencia bidireccional y victimización multiforme (2,5%). El estudio encontró que haber padecido algún tipo de victimización en la infancia aparecía asociado a una mayor probabilidad de pertenecer a la última clase, en comparación con el grupo de personas sin experiencias de violencia en la pareja.

3. Método

Considerando el estado de la investigación sobre co-ocurrencia de diversas formas de violencia en relaciones familiares y de pareja y en la infancia, el estudio que se presenta tiene como objetivo principal descubrir la existencia de posibles patrones diferenciados de victimización a partir del análisis de la asociación entre la violencia experimentada en el ámbito familiar y de pareja, la violencia sexual y la violencia en la infancia, y la probabilidad de pertenencia de cada sujeto a cada grupo, partiendo de la hipótesis de una relevante vinculación entre la violencia en la pareja y las otras indicadas formas de victimización.

Otros objetivos secundarios son presentar las prevalencias de cada una de las formas de victimización analizadas, analizar si existen diferencias significativas entre la victimización experimentada por hombres y mujeres, analizar la co-ocurrencias de las distintas tipologías de victimización y analizar la influencia simultanea de variables como el estatus socioeconómicos (ingresos), relación de pareja, núcleo de convivencia, lugar de residencia, orientación sexual y tipo de universidad (presencial o no presencial).

3.1. Procedimiento

Los datos se obtuvieron a través de una encuesta realizada a una muestra de estudiantes universitarios. Se utilizó como instrumento una encuesta autoadministrada operada a través de la aplicación de software LimeSurvey. El cuestionario se elaboró incluyendo preguntas referidas a las variables sociodemográficas anteriormente mencionadas y a las diversas formas de victimización que constan en el anexo (Tabla 6). Se contactó con profesores de diversos Grados de las tres universidades participantes, quienes pusieron un anuncio en las aulas virtuales de sus asignaturas invitando a participar voluntariamente en la encuesta, a la que podían acceder a través de un enlace dispuesto en las propias aulas virtuales.

3.2. Muestra

La cantidad de respuestas válidas obtenidas fue de 753. Los encuestados fueron 467 mujeres (62,4%) y 282 hombres (37,6%)[2]. En cuanto a la edad, la media fue de 26,9 (DT=9,6) y la mediana de 22,3. Su nacionalidad era mayoritariamente española (95%); un 82% residía en Cataluña y un 15% en otras partes de España. La mayoría de los encuestados vivía con su familia de origen en el momento de la encuesta (52%). El 27% vivía con su pareja (con o sin hijos), el 11% vivía solo y el 9% con amigos. Un 43% declaró que tenía una relación de pareja, el

[2] Los porcentajes de mujeres y hombres son respecto a 749, al excluir del cálculo 4 encuestados que se declararon intersexuales.

[3] Debe destacarse la diferencia entre la submuestra de los estudiantes de universidades presenciales y la de la universidad no presencial, al ser los primeros un grupo más joven y homogéneo. En la primera la media de edad era 21 años (DT = 2,9) y la mediana 20. En la segunda la media era de 33,5 años (DT = 10) y la mediana 31,5.

43% eran solteros, el 12% estaban casados y el 3% estaban divorciados, separados o viudos. La situación económica era diversa, aunque la mayoría de los encuestados tenía un estatus de clase media o baja: los ingresos familiares declarados estaban entre 20.000 y 40.000 euros en el 43,5% de los casos, menos de 20.000 en el 39%, entre 40.000 y 60.000 en el 17% y sólo el 5% más de 60.000.

Todos los encuestados eran estudiantes de pregrado, principalmente cursando títulos en ciencias sociales, derecho o humanidades (55%), y el resto de ellos ciencias de ingeniería o experimentales (20%), psicología o ciencias de la educación (20%) y otros (5%). El 53% estaba en una universidad pública presencial y el 47% en una universidad en línea. El idioma elegido para completar la encuesta fue el catalán en el 70% y el español en el 30% de los casos.

3.3. Variables e instrumento de medida

De los datos obtenidos seleccionamos quince ítems relacionados con cuatro áreas de victimización (Ver Tabla 6):

a) violencia familiar, con cuatro ítems: violencia física unidireccional, violencia psíquica unidireccional, violencia física bidireccional y violencia psíquica bidireccional.

b) violencia de pareja, con los mismos cuatro ítems previamente indicados.

c) victimización sexual, intrafamiliar o cometida por extraños, con tres ítems: agresión sexual, abuso sexual y acoso sexual.

d) victimización infantil, con cuatro ítems agresión sexual y abuso sexual, intrafamiliar o cometida por extraños, maltrato físico intrafamiliar y exposición a violencia parental.

Las áreas a), b) y c) fueron referidas a la victimización en la edad adulta, a lo largo de la vida. Con respecto a los elementos contenidos en el área d) se pidió a los encuestados que declararan hechos experimentados hasta los 18 años de edad. La diferencia entre agresión sexual y abuso sexual está establecida por el Código Penal español (CPE), que describe la agresión sexual como cualquier acto sexual (que implique penetración o no) cometido a través de la violencia o la intimidación, interpretado como el uso de violencia física o la amenaza de uso (art. 178 y 179). El abuso sexual se define legalmente como cualquier acto sexual con una persona ejecutada sin su consentimiento o por abuso de superioridad, inconciencia o incapacidad de la víctima, ya sea un niño o un adulto (art. 180 CPE).

3.4. Estrategia de análisis

El análisis de los datos se ha realizado en tres etapas: un análisis descriptivo de las diversas formas de victimización, un análisis de clases latentes y una regresión logística multinomial. Para llevar a cabo los análisis y modelos logísticos se ha utilizado el programa STATA y el modelo de clases latentes se ha elaborado mediante el software R (DEVELOPMENT CORE TEAM, 2008) con el paquete poLCA (LINZER Y LEWIS, 2011). En primer lugar, se describen los resultados para cada ítem, se estudian las diferencias entre hombres y mujeres, se muestran los Odd-Ratio y, en el caso que muestren diferencias significativas, se señala el porcentaje de mujeres que han sido victimizadas en comparación con el de hombres (Tabla 1). Se ha calculado el índice de

similaridad de Jaccard, para cada par de los 15 ítems, con el fin de poder observar la proporción de ocurrencia simultánea entre las dos formas de victimización (Tabla 2).

Se ha optado por el análisis de clases latentes (ACL) por ser un método estadístico adecuado para agrupar datos categóricos de presencia y ausencia en clases o grupos no observables directamente. Como el estudio ha sido exploratorio, y no ha partido de hipótesis a priori con respecto al número de grupos o clases en la muestra, se calcularon y compararon varios modelos (con un rango de 1 a 5 clases), tras lo cual se determinó el número de clases latentes con base en dos criterios: el criterio de información de Akaike (AIC) y el criterio de información de Bayesian (BIC). Ambas son medidas de la calidad relativa de un modelo y la mejor solución se elige tomando el índice más pequeño, alcanzando en este caso el BIC su mínimo en el modelo de cuatro clases, que se ha considerado así el más adecuado (Tabla 3). También se calculó un índice adicional de entropía para la precisión, con valores cercanos a 1 que significan una mejor homogeneidad de las clases. La distribución en cuatro clases tuvo el BIC más bajo (6687.834). La entropía fue de 4,17.

El ACL se realizó con todas las formas de victimización para determinar la probabilidad de cada comportamiento por clase latente, así como la co-ocurrencia de victimizaciones dentro de las clases latentes. Las clases resultantes del análisis han permitido agrupar a los estudiantes según la victimización experimentada. La asignación de cada estudiante a una clase se basó en la probabilidad posterior de corresponder a cada una de ellas (Figuras 1 y 2). En la Tabla 4 se presentan los perfiles de cada clase según las categorías de las variables independientes, con sus respectivos Chi-cuadrado. Finalmente, en la Tabla 5 se recogen varias regresiones logísticas multinomiales mediante las que se pueden comparar los factores de riesgo y protección propios de cada grupo. El análisis se ha hecho con un modelo que incluye la totalidad de la muestra, tanto mujeres como hombres. Se ha realizado también un análisis por separado de los dos sexos, para evitar la posible existencia de un sesgo, pero los resultados no varían respecto a los obtenidos con el modelo único con las muestra más amplia y por lo tanto más robusta.

En la siguiente sección se visualizan los resultados de los análisis realizados y en el Anexo I se pueden consultar las Tablas 3, 4 y 5 con los resultados completos.

4. Resultado

4.1. Violencia en relaciones de pareja

La encuesta ha revelado una tasa de prevalencia general de violencia en la pareja del 22,6%. Hay una diferencia significativa entre la victimización entre mujeres (26,8%) y hombres (16%) (p=0,001). Sin embargo, no se encontraron diferencias significativas relacionadas con el sexo en todos los tipos de victimización en la pareja: en la violencia física bidireccional, las mujeres revelaron ser significativamente más víctimas que los hombres (6,9% v. 2,5%; OR = 2,158), pero no cuando la violencia fue unidireccional (Tabla 1).

Tabla 1. Prevalencia de victimización en hombres y mujeres

	Hombres	Mujeres	Total	OR
Violencia familiar:				
Violencia física unidireccional	8,20%	9,40%	8,90%	1,106
Violencia psíquica unidireccional	9,20%	18,40%	15,00%	1,731***
Violencia física bidireccional	9,20%	10,30%	9,90%	1,079
Violencia psíquica bidireccional	10,60%	15,80%	13,90%	1,354**
Violencia en la pareja:				
Violencia física unidireccional	6,40%	7,70%	7,20%	1,140
Violencia psíquica unidireccional	12,40%	22,10%	18,40%	1,594***
Violencia física bidireccional	2,50%	6,90%	5,20%	2,158***
Violencia psíquica bidireccional	9,20%	16,10%	13,50%	1,535***
Victimización sexual:				
Agresión sexual	1,10%	13,70%	8,90%	9,136***
Abuso sexual	2,50%	16,10%	10,90%	4,830***
Acoso sexual	3,90%	20,10%	14,00%	4,017***
Victimización en la infancia (antes de los 18 años):				
Agresión sexual	1,80%	4,70%	3,60%	2,072**
Abuso sexual	3,90%	10,70%	8,10%	2,184***
Maltrato físico	7,40%	7,10%	7,20%	0,966
Exposición a violencia parental	6,00%	10,90%	9,10%	1,557**

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Con respecto a la violencia psíquica, las mujeres fueron significativamente más victimizadas, tanto en agresión unidireccional (22% mujeres y 12,4% hombres; OR = 1,594), como en la revelación de violencia bidireccional (16% mujeres y 9,2% hombres; OR = 1,535). Las víctimas manifestaron que el hecho les había producido un malestar alto, tanto hombres como mujeres (9,3 y 8,1 respectivamente, en una escala de 1 a 10).

La concurrencia de diferentes tipos de violencia en la pareja fue alta entre la violencia psíquica uni y bidireccional (coeficiente de similitud de Jaccard 0,48) y, en menor grado, entre la violencia física uni y bidireccional (Jaccard 0,37). También se ha encontrado cierta coincidencia entre violencia física y psíquica unidireccional (Jaccard 0,30) (Tabla 2).

En el análisis multivariante aparecen también otros factores de riesgo distintos del sexo, como estar divorciado o separado o vivir con amigos (en lugar de vivir en un entorno familiar), aunque el principal predictor es haber sufrido victimización infantil, particularmente abuso sexual y violencia física. Aquellos que sufrieron abuso sexual infantil tienen cuatro veces más riesgo al alcanzar la mayoría de edad de verse involucrados como víctimas en una relación íntima violenta.

Tabla 2. Co-ocurrencia de las distintas formas de victimización (Coeficientes de similitud de Jaccard)

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)	(15)
(1) Violencia familiar física unidireccional	1,0														
(2) Violencia familiar psicológica unidireccional	,28	1,0													
(3) Violencia familiar física bidireccional	,22	,17	1,0												
(4) Violencia familiar psicológica bidireccional	,20	,33	,23	1,0											
(5) Violencia pareja física unidireccional	,15	,14	,08	,08	1,0										
(6) Violencia pareja psicológica unidireccional	,21	,21	,09	,13	,30	1,0									
(7) Violencia pareja física bidireccional	,07	,08	,10	,07	,37	,16	1,0								
(8) Violencia pareja psicológica bidireccional	,15	,14	,10	,15	,23	,48	,22	1,0							
(9) Agresión sexual	,13	,15	,07	,10	,12	,15	,08	,12	1,0						
(10) Abuso sexual	,08	,11	,05	,06	,07	,14	,07	,15	,16	1,0					
(11) Acoso sexual	,11	,20	,08	,18	,13	,20	,08	,17	,15	,15	1,0				
(12) Agresión sexual (antes de los 18 años)	,10	,07	,05	,06	,07	,09	,07	,07	,21	,10	,03	1,0			
(13) Maltrato físico (antes de los 18 años)	,10	,12	,04	,06	,11	,19	,10	,15	,14	,31	,10	,12	1,0		
(14) Abuso sexual (antes de los 18 años)	,26	,18	,16	,11	,11	,13	,06	,11	,09	,08	,12	,08	,11	1,0	
(15) Exposición a violencia parental (antes de los 18 años)	,20	,19	,18	,17	,14	,13	,08	,06	,06	,09	,12	,11	,11	,18	1,0

4.2. Violencia familiar

La tasa de prevalencia de violencia familiar (en el sentido de haber experimentado al menos uno de los cuatro tipos de victimización analizados) fue del 27% (29,8% entre las mujeres y 22,3% entre los hombres). En un análisis de regresión logística, los predictores de victimización fueron bajo nivel socioeconómico (menores ingresos) y haber padecido victimización infantil, particularmente violencia física y exposición a violencia parental. La tasa de malestar que las

víctimas declararon haber experimentado después del hecho fue de 7,5, habiendo descendido a 4 en el momento de la encuesta. Con respecto a la violencia física, un 9% sufrió victimización unidireccional y un 10% bidireccional, sin diferencias significativas con respecto al sexo (Tabla 1). La violencia psíquica fue más frecuente, principalmente en mujeres. Entre ellas, el 18% experimentó victimización unilateral, siendo la prevalencia sólo de un 9% entre los hombres. La diferencia entre hombres y mujeres ha resultado ser estadísticamente significativa (chi-sq 0,001). El agresor fue el padre en el 34% de los casos, la madre en el 23% y un hermano en el 19%. El 15,8% de las mujeres y el 10,6% de los hombres experimentaron violencia psíquica bidireccional (chi-sq 0,046), siendo el otro agresor y víctima la madre en el 38%, el padre en el 34% y un hermano en el 24%.

La co-ocurrencia de diferentes tipos de violencia familiar fue mayor entre la agresión psíquica, tanto unidireccional como bidireccional (0,33 en el coeficiente de similitud Jaccard), que entre otras formas de violencia unidireccional y bidireccional, en las que los índices van desde 0,17 a 0,28 (Tabla 2). Sin embargo, en cuanto a la concurrencia entre violencia en la pareja y violencia familiar, esta fue baja en términos generales. La tasa más alta fue entre violencia familiar física y psicológica unidireccional y violencia de pareja psíquica unidireccional (Jaccard 0,21). Este hallazgo es consistente con los resultados del estudio de clases latentes, a que nos referimos a continuación.

4.3. Violencia sexual

La prevalencia de la victimización sexual resultó ser de un 25,4%, con diferencias significativas entre mujeres (36,6%) y hombres (6,7%). El porcentaje de personas victimizadas a lo largo de la vida adulta fue de 8,9% en agresión sexual, 10,9% abuso sexual y 14% acoso sexual, siendo las diferencias entre hombres y mujeres en los tres ítems. Los estudiantes de universidades no presenciales resultaron ser más víctimas que los de la universidad en línea (30,3% v. 20,9%). También se ha apreciado diferencias entre la tasa de victimización sexual de los estudiantes de ciencias sociales, jurídicas y humanísticas (27,1%) y de psicología y ciencias de la educación (27,8%) con los de ingenierías y ciencias experimentales (17,8%). No han aparecido diferencias significativas en cuanto al resto de variables.

4.4. Victimización infantil

En lo que atañe a la victimización infantil (haber experimentado cualquiera de los cuatro tipos de victimización examinados antes de los 18 años), la tasa de prevalencia ha resultado ser del 22%. Un 24,2% de las mujeres y un 20,7% de los hombres respondieron que habían padecido al menos una experiencia de victimización en la infancia. Considerando en concreto cada uno de los tipos de victimización (Tabla 1), el 3,6% había sido víctima de agresión sexual y el 8,1% de abuso sexual en la infancia, con diferencias estadísticamente significativas entre hombres y mujeres, siendo estas más victimizadas que aquellos. Los agresores sexuales fueron un miembro de la familia en el 54% de los casos y otras personas conocidas en el 29%. Los abusadores sexuales fueron un miembro de la familia en el 35% de los casos y otras personas conocidas en el 50%. El malestar derivado de la victimización, en el momento de los hechos, fue puntuado por las víctimas con un 9,3 en promedio (en una escala de 1 a 10) en casos de agresión sexual y 6,7 en casos de abuso sexual. Con respecto a la violencia física (excluido el castigo corporal), la tasa de prevalencia fue del 7,2%, sin diferencias significativas entre hombres y mujeres, y el 9,1% de las personas encuestadas experimentó exposición a violencia parental (10,9% de las mujeres y 6% de los hombres).

En cuanto a la concurrencia entre distintos tipos de victimización en la infancia (Tabla 2), fue baja en términos generales (Jaccard entre 0,08 y 0,18), así como entre la victimización en la infancia y la violencia en la pareja (Jaccard entre 0,06 y 0,19), mientras que fue mayor entre la primera y la violencia familiar (Jaccard entre 0,04 y 0,26). La tasa más alta fue entre abuso sexual en la infancia y violencia familiar física unidireccional (Jaccard 0,26).

4.5. Análisis de clases latentes

Con respecto al análisis de clases latentes, la distribución en cuatro clases no sólo obtuvo el BIC más bajo, sino que se consideró que tenía un mayor significado teórico que el modelo de 3 clases o el de 5 clases (Tabla 3). La Figura 1 muestra las tasas de victimización para las cuatro clases en los 15 tipos de victimización examinados. Las cuatro clases se pueden definir como: clase 1 de baja victimización (64,8%); clase 2 violencia en la pareja (16%); clase 3 violencia familiar (12%); y clase 4 polivictimización (7%).

Como puede observarse en las Figuras 1 y 2, los miembros de la clase 1 experimentaron una baja victimización en todos los ítems. Las personas incluidas en la clase 2 se caracterizan por una violencia de pareja psíquica alta, una violencia de pareja física media, una victimización sexual media, una violencia familiar baja y una victimización infantil baja o media. Los miembros de la clase 3 mostraron una alta violencia familiar psíquica, violencia familiar física media, victimización sexual media y alta victimización infantil, particularmente exposición a violencia parental. Las personas incluidas en la clase 4 pueden definirse como polivíctimas, en la medida en que experimentaron altos niveles de victimización en todas las áreas e ítems. A diferencia de los miembros de las clases 2 y 3, sufrieron violencia en la pareja y familiar, tanto física como psíquica. Por lo tanto, resulta evidente que la violencia física en la familia y en un contexto íntimo se asocia en gran medida a un patrón de polivictimización. Además, el grupo de polivíctimas, con respecto a la violencia familiar parece estar más involucrado en la violencia unidireccional que los miembros de la clase 3 (violencia familiar), aunque la tasa de violencia bidireccional es similar en ambos grupos.

Figura 1. Tasa de victimización de las cuatro clases

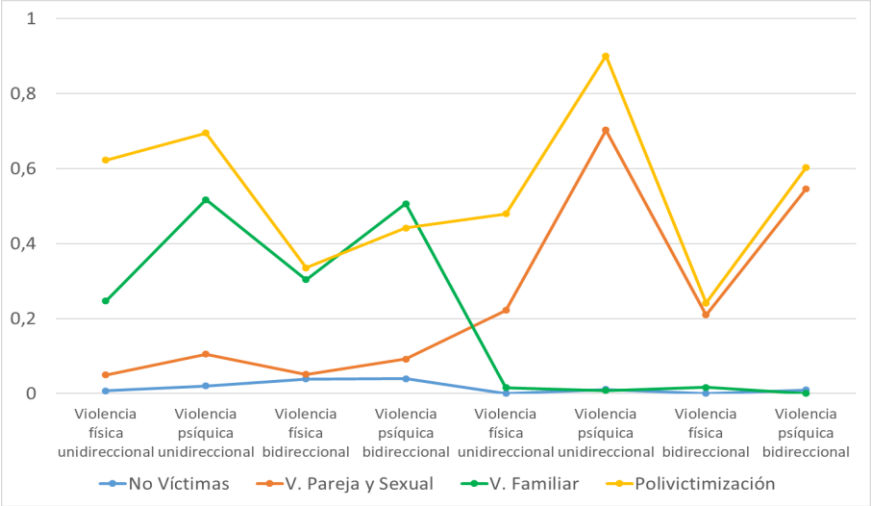
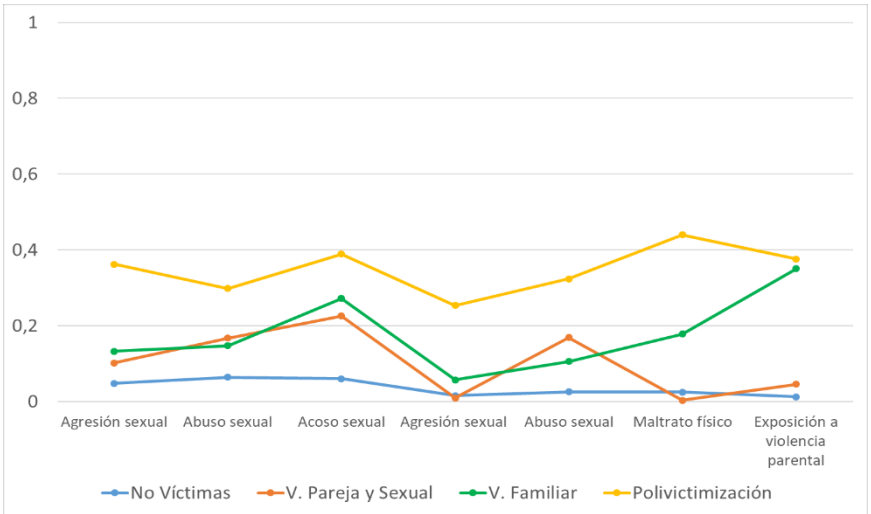


Figura 2: Tasa de victimización de las cuatro clases



El siguiente paso del análisis reveló asociaciones entre las variables demográficas y la pertenencia a las clases (Tabla 4). Se encontraron diferencias significativas con respecto al sexo (OR 22,54), el estado económico (OR 17,09) y, en menor grado, el tipo de estudios. Las mujeres estaban sobrerrepresentadas en la clase de polivíctimas y, en menor medida, en las clases 2 y 3, y los hombres estaban sobrerrepresentados en la clase 1 (baja victimización). En particular, las mujeres tenían más del doble de riesgo de experimentar un patrón de polivictimización (OR 2.689) o violencia de pareja (OR 2.267). Con respecto a los ingresos, los miembros de las clases 3 y 4 tenían mayores probabilidades de tener un estatus económico más bajo que los miembros de las clases 1 y 2. Se puede apreciar una gradación: a medida que aumenta el ingreso, aumenta la probabilidad de pertenecer a la clase de baja victimización y la probabilidad de ser miembro del grupo de polivíctimas disminuye (Tabla 4). Para las personas de bajos ingresos (menos de 20.000 euros), el riesgo de ser miembro del grupo de violencia familiar fue más del doble en comparación con el grupo de no víctimas (OR 2.209). Sin embargo, no se encontraron diferencias significativas con respecto al entorno urbano (metropolitano o urbano versus rural) o el entorno doméstico actual (vivir solo, en pareja, familia o amigos).

El tipo de estudios realizados por los encuestados puede predecir patrones de victimización. La pertenencia a las clases de polivictimización y violencia en la pareja es mayor entre los estudiantes de la Universidad en línea que entre los estudiantes de universidades presenciales (OR 29,92). Del mismo modo, aquellos que estudian títulos de ingeniería y ciencias experimentales tienen menos riesgo de ser polivíctimas o miembros de la clase violencia en la pareja (OR 14,66) que los estudiantes de las otras titulaciones (básicamente ciencias sociales y jurídicas y humanidades).

5. Discusión y conclusiones

El estudio ha hecho aflorar la prevalencia de diversas formas de victimización que, en general, se sitúa por debajo de la hallada en otros estudios efectuados mediante instrumentos de medición estandarizados. Esto se observa particularmente respecto a la violencia en relaciones de pareja y violencia familiar (Muñoz Rivas, Graña, O'Leary y Gonzalez 2007, 2009; Graña y Cuenca, 2014). Ello puede ser debido al carácter generalista de la encuesta empleada en este estudio, al haber abordado formas de victimización muy diversas, y a no haber preguntado con

detalle respecto a las diversas manifestaciones de la violencia. La investigación sobre violencia en la pareja ha puesto de relieve que las encuestas que formulan las preguntas mediante términos como "víctima", "abuso" o "violencia" tienden a inhibir las respuestas afirmativas (HAMBY, 2014). Por otro lado, la generalización y el uso de expresiones con tal carga valorativa incide particularmente en los hombres, que tienden a identificarse en menor medida con el rol de víctimas. Esto podría explicar, al menos parcialmente, que en las preguntas sobre violencia de pareja bidireccional el porcentaje de víctimas haya aparecido inferior en hombres que en mujeres, contradiciendo no sólo los resultados de estudios que apuntan a una distribución simétrica entre sexos, sino el mismo concepto de bidireccionalidad, si se tiene en cuenta que al menos un 80% de los encuestados se han declarado heterosexuales. De modo especial, puede sorprender la prevalencia de la victimización en la infancia, muy por debajo de la que muestran las encuestas específicas, aunque debe tenerse en cuenta que la victimización en esta etapa vital ha constituido tan sólo una parte secundaria de la encuesta, con cuatro únicos ítems.

Pese a ello, el estudio ha permitido dar un paso más allá respecto a la investigación publicada hasta el momento, que había mostrado una alta coincidencia al señalar la co-ocurrencia existente entre las diversas formas de victimización familiar y en la pareja, pero estaba explicando sólo una parte de la realidad. Indicar que hay un porcentaje elevado de co-ocurrencia no supone todavía descubrir cómo funciona el fenómeno. El análisis de clases latentes ha permitido ver que, en realidad, la co-ocurrencia se produce sólo en relación con determinadas víctimas, cuyo perfil puede ser determinado mediante el estudio de las variables examinadas. El estudio revela que hay dos clases de víctimas de violencia en la pareja, las polivíctimas y las que tienen un perfil más específico y no sufren otras clases de victimización. El carácter de víctima es menos acusado en éstas, en las que hay un patrón predominante de violencia bidireccional probablemente relacionada con situaciones de conflictividad en la pareja. En las polivíctimas tiene una mayor presencia la agresión unidireccional, con una identidad de víctima más definida y más asociada a factores de riesgo como los bajos ingresos. Por otro lado, la violencia familiar se muestra más próxima a la polivictimización que la violencia en la pareja, lo cual refuerza la constatación de que una parte de las manifestaciones de violencia en la pareja puede ser consecuencia de la conflictividad propia de las dinámicas de estas relaciones íntimas y de la tensión derivada de la frustración de expectativas relacionadas con las mismas.

Además, los resultados han confirmado que el predictor más potente de la victimización en la vida adulta es haber sido víctima en la infancia. La relevancia de este factor de riesgo ha quedado evidenciada en todas las formas de victimización examinadas, aunque no aparece en igual intensidad en todas ellas: la probabilidad de que los individuos victimizados en su infancia sufran experiencias de violencia una vez alcanzada la edad adulta es más alta en la clase de polivíctimas, algo menor en la de violencia familiar y menor aún en la clase de violencia en la pareja. Otra diferencia entre estos dos últimos grupos es que las personas de la clase de violencia familiar tienen un alto porcentaje de maltrato infantil, mientras que en las de violencia en la pareja el abuso sexual infantil aparece como un predictor particularmente potente, especialmente en mujeres.

Este estudio tiene como fortaleza la cantidad de datos que permite manejar respecto a diversas formas de victimización, lo cual ha permitido extender el análisis a variables que no han sido tratadas en otros estudios más focalizados de victimización violenta en el ámbito de las relaciones íntimas y familiares. También es importante haber podido llevar a cabo en Europa

un tipo de estudio que permita establecer una comparación con otros estudios que se han efectuado en su mayor parte en los EUA (HAMBY ET AL., 2010; VILLAMIL ET AL., 2018; WEISS ET AL., 2017). Por otra parte, debe tenerse en cuenta la limitación que supone no haber utilizado un instrumento estandarizado que permita detectar del modo más adecuado las diversas formas de victimización y comparar los resultados con los de otros estudios.

Como recomendaciones dirigidas a la política criminal y a la práctica debe destacarse la importancia de que el sistema de justicia penal y los profesionales que deban intervenir en la evaluación de las necesidades de protección de las víctimas o en el apoyo a éstas no actúen a partir de un modelo único y estereotipado, sino que dispongan de un repertorio de respuestas adecuadas a los diversos perfiles de víctimas y a las necesidades de éstas, según el principio de individualización derivado de la Directiva europea de derechos de las víctimas de 25 de octubre de 2012. Asimismo, confirma la importancia de dedicar esfuerzos a la prevención de la victimización infantil y al tratamiento de las víctimas, pues hay evidencia de que ello es una vía eficaz para prevenir la futura victimización en la edad adulta.

6. Bibliografía

Helen F., AAKVAAG, Siri, THORESEN, Tore, WENTZEL-LARSEN, y Grete, DYB (2017), "Adult victimization in female survivors of childhood violence and abuse: the contribution of multiple types of violence", Violence against Women, 23(13), 1601-1619.

Robert F., ANDA, Vincent J., FELITTI, J. Douglas, BREMMER, John D., WALKER, Charles, WHITFIELD, Bruce D., PERRY, Shanta R., DUBE, y Wayne H., GILES (2006), "The enduring effects of abuse and related adverse experiences in childhood", European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience, 256(3), 174-186.

M. Soledad, ÁLVAREZ-LISTER, Noemí, PEREDA, Judit, ABAD, y Georgina, GILERA (2014), "Polyvictimization and its relationship to symptoms of psychopathology in a southern European sample of adolescent outpatients", Child Abuse & Neglect, 38(4), 747-756.

Courtenay E., CAVANAUGH, Jill T., MESSING, Hanno, PETRAS, Barbara, FOWLER, Lareina, LA FLAIR, Joan, KUB, ... Jacquelyn, CAMPBELL (2012), "Patterns of Violence Against Women: A latent class analysis", Psychol Trauma, 4(2), 169-176.

Katie, CYR, Marie-Ève, CLÉMENT y Clarie, CHAMBERLAND (2014), "Lifetime prevalence of multiple victimizations and its impact on children's mental health", Journal of Interpersonal Violence, 29(4), 616-634.

Maxia, DONG, Robert F., ANDA, Vincent J., FELITTI, Shanta R., DUBE, David F., WILLIAMSON, Theodore J., THOMSON, y Wayne H., GILES (2004), "The interrelatedness of multiple forms of childhood abuse, neglect, and household dysfunction", Child Abuse & Neglect, 28(7), 771-784.

Richard B., FELSON, y Kelsea Jo, LANE (2010), "Does violence involving women intimate partners have a special etiology?", Criminology, 48(1), 321-338.

David, FINKELHOR, Richard, ORMROD, y Heather A., TURNER (2007), "Polyvictimization: a neglegted component in child victimization", Child Abuse and Neglect, 31, 7-26.

Enrique, GRACIA, Christina M., RODRÍGUEZ, Manuel, MARTÍN-FERNÁNDEZ, y Marisol, LILA (2017), "Acceptability of family violence: underlying ties between intimate partner violence and child abuse", Journal of interpersonal violence, 1-20.

Enrique, GRACIA, Antonio, LÓPEZ-QUILEZ, Miriam, MARCO, y Marisol, LILA (2018), "Neighborhood characteristics and violence behind closed doors: the spatial overlap pf child maltreatment and intimate partner violence", Plos One, 13(6), 1-13.

José Luis, GRAÑA, y Maria Luisa, CUENCA (2014), "Prevalence of psychological and Physical intimate partner aggression in Madrid (Spain): a dyadic analysis", Psychotema, 26(3), 343-348.

Sherry, HAMBY, David, FINKELHOR,, Heather, TURNER, y Richard, ORMROD (2010), "The overlap of witnessing partner violence with child maltreatment and other victimizations in a nationally representative survey of youth", Child Abuse and Neglect, 34(10), 734-744.

Sherry, HAMBY (2014), "Self-Report Mesures that not produce gender parity in intimate partner violence: a multi-study investigation", Psychology of Violence, 6(2), 1-13.

Sherry, HAMBY, y John, GRYCH (2013), The web of violence: Exploring connections among different forms of interpersonal violence and abuse, Springer, New York.

Jennifer, LANGHINRISCHEN-ROHLING, Candice, SELWYN, Martin L., ROHLING (2012), "Rates of bidirectional versus unidirectional intimate partner violence across samples, sexual orientations, and race/ethnicities: A comprehensive review", Partner Abuse, 3, 199-230.

Erika, LAWRENCE, Jeungeun, YOON, Amie, LANGER, Eunyoe, RO (2009), "Is psychological aggression as detriment al as physical aggression? The independent effects of psychological aggression on depression and anxiety symptoms", Violence and Victims, 24(1), 20-25.

Drew A., LINZER, y Jeffrey B., LEWIS (2011). "poLCA: an R Package for Polytomous Variable Latent Class Analysis", Journal of Statistical Software, 42(10),1-29.

Jared Kean, MCINTYRE, y Cathy Spatz, WIDOM (2011), "Childhood victimization and crime victimization", Journal of Interpersonal Violence, 26(4), 640-663.

Lisa R., MUFTIC, Mary A., FINN, y Erin A., MARSCH (2012), "The Victim-Offender Overlap, Intimate Partner Violence and Sex: Assessing differences among victims, offenders and víctima-offenders", Crime & Delinquency, 6(7), 899-926.

Marina J., MUÑOZ RIVAS, José Luis, GRAÑA, Daniel, O'LEARY, y Pilar, GONZÁLEZ (2007), "Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students", Psichotema, 19(1), 102-107.

Marina J., MUÑOZ RIVAS, José Luis, GRAÑA, David, O'LEARY, y Pilar, GONZÁLEZ (2009), "Prevalence and predictors of sexual aggression in dating relationships of adolescents and Young adults", Psichotema, 21(2), 234-240.

Noemí, PEREDA, David, GALLARDO-PUJOL, y Georgina, GUILERA (2018), "Good practices in the assessment of victimization: The Spanish adaptation of the Juvenile Victimization Questionnaire", Psychology of Violence, 8(1), 76-86.

Noemí, PEREDA, Georgina, GUILERA, y Judit ABAD (2014), "Victimization and poly-victimization of Spanish children and youth: Results from a community sample", Child Abuse & Neglect, 38(4), 640-649.

Rachael A., SPENCER, Lynette M., RENNER, y Cari Jo, CLARK (2016), "Patterns of dating violence perpetration and victimization in US Young adult males and females", Journal of Interpersonal Violence, 31(15), 2576-2597.

Murray A., STRAUS, Richard J., GELLES, y Suzanne K., STEINMETZ (2006), Behind closed doors: Violence in the American family, Transaction publishers, New Brunswick-London.

Patrick, TOLAN, Deborah, GORMAN-SMITH, y David, HENRY (2006), "Family Violence", Annual Review of Psychology, 57, 557-583.

Carolina, VILLAMIL, Jungeun O., LEE, Tamika, GILREATH, y Jennifer, UNGER (2018), "Latent class analysis of intimate partner violence perpetration and victimization among Latino emerging adults", Journal of Youth and Adolescence, 47, 575-585.

Nicole H., WEISS, Katherine L., DIXON-GORDON, Courtney, PEASANT, Verónique, JAQUIER, Clinesha, JOHNSON, y Tami P., SULLIVAN (2017), "A latent profile analysis of intimate partner victimization and aggression and examination of between-class differences in psychopatology symptoms and risky behaviours", Psychol Trauma, 9(3), 370-378.

Charles L., WHITFIELD, Robert F., ANDA, Shanta R., DUBE, y Vincent J., FELITTI (2003), "Violent Childhood experiences and the risk of intimate partner violence in adults", Journal of Interpersonal Violence, 18(2), 166-185.

Cathy Spatz, WIDOM, Sally J., CZAJA, y Mar Ann, DUTTON (2008), "Childhood victimization and lifetime revictimization", Child Abuse & Neglect, 32(8), 785-796.

Anexo I. Tablas de los análisis estadísticos

Tabla 2. Índices del modelo de análisis de clases latentes

	-LL2	AIC	BIC	Entropy	LRT
1 Clases	3651.70	7333.40	7402.76	4.85	2286.19
2 Clases	3282.62	6627.24	6770.58	4.39	1548.03
3 Clases	3198.51	6491.02	6708.35	4.27	1379.81
4 Clases	**3135.26**	**6396.52**	**6687.83**	**4.17**	**1253.31**
5 Clases	3092.08	6342.15	6707.45	4.11	1166.94

Note: -2LL = negative log likelihood; AIC = Akaike Information Criteria; BIC = Bayesian Information Criteria;
LRT = Likelihood ratio/deviance statistic. Bold text is the solution selected

Tabla 4. Distribución de las variables independientes en las cuatro clases

		No Víctimas	V. Pareja y Sexual	V. Familiar	Polivictimización	Chi-cuadrado Pearson
Total		64,80%	16,60%	12,10%	6,50%	
Sexo	Mujer	58,50%	19,50%	14,30%	7,70%	22.54***
	Hombre	75,50%	11,70%	8,50%	4,30%	
Edad	18 – 25	70,10%	14,20%	12,30%	3,40%	36.36***
	26 – 35	56,10%	20,30%	12,80%	10,80%	
	36 – 45	56,00%	22,70%	13,30%	8,00%	
	mayor 45	55,90%	18,60%	6,80%	18,60%	
Tipo Universidad	No Presencial	57,90%	21,10%	10,70%	10,40%	29.92***
	Presencial	71,00%	12,60%	13,40%	3,00%	
Estudios	Ciencias sociales, jurídicas y humanísticas	63,30%	17,30%	12,20%	7,10%	14.66**
	Ingenierías y ciencias experimentales	76,30%	10,50%	10,50%	2,60%	
	Psicología, ciencias de la educación y otros	57,60%	20,50%	13,20%	8,60%	
Nacionalidad	Española	64,60%	17,00%	11,90%	6,50%	1.48
	Extranjera	66,70%	10,30%	15,40%	7,70%	
Lugar residencia	Cataluña	67,40%	14,80%	12,70%	5,20%	21.58***
	Fuera de Cataluña	52,20%	25,40%	9,70%	12,70%	
Tipo de población	Ciudad	63,90%	18,00%	11,40%	6,80%	3.71
	Pueblo	67,00%	12,80%	14,40%	5,90%	
Estado actual	Con pareja	61,90%	19,30%	12,70%	6,10%	5.38
	Sin pareja	68,00%	13,50%	11,40%	7,00%	
Ingresos	Menos de 20.000€	56,80%	17,40%	17,80%	8,10%	17.09***
	De 20.000 a 40.000€	66,90%	17,50%	9,50%	6,10%	
	Más de 40.000€	72,40%	14,10%	8,60%	4,90%	
Orientación sexual	Heterosexual	61,20%	18,60%	12,80%	7,30%	22.25***
	Homosexual, bisexual, asexual	59,70%	14,90%	17,90%	7,50%	
	No contesta	81,30%	9,40%	6,50%	2,90%	

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Tabla 5. Regresión logística multinomial

VARIABLES	Pareja y Sexual / No víctimas	Familiar/ No víctimas	Polivictimización/ No víctimas	Pareja y Sexual / Polivictimización	Familiar/ Polivictimización	Familiar /Pareja y Sexual
Mujer	2.267***	1.978**	2.689***	0.843	0.736	0.873
26 – 35	1.319	1.705	2.498*	0.528	0.683	1.293
36 – 45	1.608	2.218*	2.371	0.678	0.936	1.379
mayor 45	1.434	1.339	5.975***	0.240**	0.224*	0.933
No Presencial	1.132	0.570*	1.738	0.651	0.328*	0.504*
Extranjero	0.649	1.237	1.443	0.450	0.858	1.906
Pueblo	0.671	1.119	0.837	0.801	1.337	1.668
Con pareja	1.257	1.292	0.752	1.671	1.718	1.028
Ingresos menos de 20.000	1.307	2.209***	1.840*	0.710	1.200	1.691
Ingresos más de 40.000	0.723	0.834	0.575	1.258	1.450	1.153
Fuera de Cataluña	1.799**	1.067	1.857*	0.969	0.575	0.593
Homosexual. bisexual. asexual	0.844	1.610	1.348	0.626	1.194	1.909
No contesta (Orientación sexual)	0.489**	0.357***	0.376	1.299	0.949	0.731
Constante	0.119***	0.0879***	0.0210***	5.656***	4.181**	0.739
Observaciones	744	744	744	744	744	744

*** p<0.01. ** p<0.05. * p<0.1

Tabla 6. Ítems cuestionario

Violencia física familiar unidireccional	Alguna vez alguien de tu entorno familiar o doméstico (fuera de la relación de pareja), ha cometido contra ti algún/nos acto/s de violencia física? (Quedan excluidos los casos de agresión mutua)	**V_FAMÍLIA**
Violencia psíquica familiar unidireccional	Alguna vez alguien de tu entorno familiar o doméstico (fuera de la relación de pareja), ha cometido contra ti algún/nos acto/s de violencia física? Por ejemplo amenazas, insultos, conductas humillantes o degradantes (Quedan excluidos los casos de agresión mutua)	
Violencia física familiar bidireccional	Alguna vez has vivido un episodio o episodios de violencia física en el que tú y una persona de tu entorno familiar (fuera de tu pareja) os habéis agredido mutuamente?	
Violencia psíquica familiar bidireccional	Alguna vez has vivido un episodio o episodios de violencia psíquica en el que tú y una persona de tu entorno familiar (fuera de tu pareja) os habéis agredido mutuamente?	
Violencia física pareja unidireccional	Alguna vez tu pareja o expareja ha cometido contra ti algún acto de violencia física? (entendiendo como pareja el/la cónyuge, pareja de hecho conviviente o una relación de noviazgo (quedan excluidos los casos de violencia mutua)	**V_PARELLA**
Violencia psíquica pareja unidireccional	Alguna vez tu pareja o expareja ha cometido contra ti algún acto de violencia psíquica? Por ejemplo amenazas, insultos, conductas humillantes o degradantes. (Quedan excluidos actos de agresión mutua)	
Violencia física pareja bidireccional	Alguna vez has vivido un episodio o episodios de violencia física en que tú y tu pareja os habéis agredido mutuamente?	
Violencia psíquica pareja bidireccional	Alguna vez has vivido un episodio o episodios de violencia psíquica (amenazas, insultos, conductas humillantes o degradantes) en que tú y tu pareja os habéis agredido mutuamente?	
Agresión sexual	Alguna vez alguien ha cometido contra ti un acto de agresión sexual (usando violencia o intimidación) con contacto físico o lo ha intentado?	**V_SEXUAL**
Abuso sexual	Alguna vez alguien ha cometido contra ti algún acto de abuso sexual (sin violencia ni intimidación) con contacto físico?	
Acoso sexual	Alguna vez alguien ha cometido contra ti algún acto de acoso sexual, sin contacto físico?	
Agresión sexual_menor	Cuando eras menor de edad sufriste algún acto de agresión sexual (con violencia o intimidación) con contacto físico?	**V_INFÀNCIA**
Maltrato físico _menor	Cuando eras menor de edad sufriste actos de maltrato físico en tu entorno familiar o domestico (quedan excluidos hechos leves de castigo corporal como por ejemplo un palmada en el trasero o un cachete)	
Abuso sexual_menor	Cuando eras menor de edad sufriste algún acto de abuso sexual (sin violencia ni intimidación) con contacto físico?	
Exposición violencia parental	Cuando eras menor de edad presenciaste actos de violencia física entre tus padres o entre uno de ellos y su pareja?	

InDret
2.2020

Alfonso Serrano Maíllo
Universidad Nacional de Educación a Distancia
-

Actitudes hacia los delincuentes multirreincidentes en España. Un enfoque explicativo

Sumario
-
En este artículo se testa de modo parcial la teoría de los sentimientos de inseguridad, una explicación de la punitividad o firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes a nivel individual. A tal fin utilizamos datos españoles del estudio 3257 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Análisis de regresión logística muestran que los individuos tienden a albergar actitudes más firmes hacia los delincuentes multirreincidentes según experimentan sentimientos de inseguridad más marcados. Estos análisis controlan el efecto de variables relevantes. Los hallazgos concuerdan con tests previos de la teoría en España. Nuestro estudio ofrece evidencia de ulteriores predictores de la firmeza frente al delito: la ideología política, el nivel educativo y la religiosidad. Tanto los hallazgos como sus limitaciones son discutidas.

Abstract
-
In this paper, we test insecurity feelings theory, an explanation of punitivity or firmness towards crime at the individual level. We rely on Spanish data from the 3257 study of the Centre of Sociological Research (CIS). Logistic regression analyses show that individuals tend to have firmer attitudes towards multi-recidivist offenders as they hold more acute insecurity feelings. These analyses control for relevant variables. Results are in agreement with previous tests of the theory in Spain. Our study offers evidence of other predictors of firmness towards crime: political ideology, level of education, and religiosity. Results and limitations are discussed.

Title: *Attitudes towards multi-recidivist offenders in Spain. An explanatory approach.*-
-
Palabras clave: delincuentes multirreincidentes, actitudes, regresión logística, punitividad.
Keywords: *multi-recidivist criminals, attitudes, logistic regression, punitivity.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.12
-

InDret

2.2020

Recepción
13/11/2019
-
Aceptación
12/03/2020
-

Índice

-

1. Introducción: inseguridad y firmeza
1.1. La explicación de la firmeza frente al delito
1.2. La teoría extendida de los sentimientos de inseguridad
1.3. Hipótesis
2. El presente estudio
2.1. Datos
2.2. Medidas
a. Firmeza hacia los delincuentes reincidentes
b. Inseguridad
c. Variables de control, sociodemográficas y agregada
2.3. Recapitulación y estrategia analítica
3. Resultados
4. Discusión
5.Conclusiones
6. Bibliografía
Apéndice 1. Medidas

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción: inseguridad y firmeza*

1.1. La explicación de la firmeza frente al delito

Dos son los objetos de estudio de la teoría criminológica: los procesos de infracción de normas y los de reacción a la infracción de normas (SUTHERLAND, 1947). El segundo objeto de estudio mencionado es habitualmente denominado *punitividad* en la investigación comparada contemporánea, si bien es preferible el término *firmeza* porque carece de las connotaciones valorativas negativas del primero, lo cual no es apropiado en el caso de actitudes (SERRANO MAÍLLO, 2016). La idea de que la inseguridad en sentido general es una causa de la firmeza frente al delito a nivel individual es un lugar común en la literatura comparada, aunque habitualmente esta hipótesis no va acompañada de una explicación en términos causales, esto es de una respuesta al porqué de dicha relación causal. Una excepción es la teoría de los sentimientos de inseguridad de KURY y la extensión de la misma que propuse yo mismo (2016) a partir del DURKHEIM tardío de *Las formas elementales de la vida religiosa* (1912/2012). En el caso de España en particular, esta explicación constituye una alternativa al modelo hipodérmico que domina nuestras investigaciones –cuando no constituye su *doxa*–, de acuerdo con el cual la firmeza es el resultado de una sobreexposición a informaciones y opiniones sesgadas sobre la criminalidad, normalmente procedentes de los medios de comunicación, por parte de sujetos con baja capacidad crítica (ANTÓN-MELLÓN ET AL., 2016).

A nivel comparado, el estudio teórico en sentido estricto de la firmeza a nivel individual ha recibido relativamente poca atención, al menos en comparación con la explicación del delito. Por lo tanto, pese a los notables avances, esta área teórica está aún lejos de su hermana, a pesar de las predicciones –¿advertencias?– de algunos. Precisamente por eso, los desarrollos existentes deben ser recibidos con aplauso. Quizá de modo paradójico, en España sí ha tenido una cierta repercusión el estudio de la firmeza (así, a modo de ejemplo, ANTÓN-MELLÓN ET AL., 2016; SERRANO MAÍLLO, 2016; VARONA GÓMEZ, 2013), de nuevo en comparación con la investigación sobre la etiología criminal.

1.2. La teoría extendida de los sentimientos de inseguridad

De acuerdo con la teoría originaria de los sentimientos de inseguridad, *las condiciones sociales y políticas y cómo son experimentadas por los individuos* afectan de modo decisivo a las reacciones y actitudes frente al delito (KURY ET AL., 2002b). En especial, *cuando las personas se sienten inseguras por cualesquiera razones, también tienden a ser más punitivas* (KURY Y FERDINAND, 1999). La tesis originaria introduce factores y mecanismos teóricos adicionales. KURY presenta un *modelo cebolla de la punitividad*, en el que el núcleo central estaría ocupado por la punitividad individual, mientras que las áreas concéntricas sucesivas irían albergando factores o fenómenos influyentes en la misma, de modo cada vez más remoto o indirecto. De este modo, en las capas más próximas al corazón de la cebolla aparece la personalidad, la socialización y la influencia de la cultura; en estratos algo más alejados se encuentran las normas y los valores, la vulnerabilidad o la descripción de la criminalidad; y así sucesivamente hasta las variables que se encuentran más alejadas del centro de la cebolla, en franjas sucesivas e incluso fuera de ella. Nótese, sin embargo, que es dudoso que este modelo represente, en puridad, una teoría. En otros lugares nuestro autor se refiere a ulteriores factores potencialmente relacionados con la

* Autor de contacto: *Alfonso Serrano Maíllo*, aserranom@der.uned.es

firmeza frente al delito, pero sin mencionar el modelo cebolla (KURY ET AL., 2002a). Muchos de estos factores, sin embargo, pueden más o menos fácilmente reconducirse a sentimientos de inseguridad, como es el caso de encontrarse en situación de desempleo, los ingresos, la situación personal, etc.; o a otros constructos.

Pese al trabajo seminal de KURY y otros autores, el modelo de los sentimientos de inseguridad requiere una mayor elaboración. Sobre todo y como acaba de decirse, la conexión entre inseguridad y firmeza demanda una explicación en términos causales. La extensión que he propuesto en otro lugar trata de avanzar frente a estas limitaciones (SERRANO MAÍLLO, 2016). El punto de partida de esta extensión es que ni la política criminal ni las actitudes hacia el delito contemporáneas pueden entenderse al margen de los grandes y rápidos cambios sociales que experimentamos. La teoría de la modernidad reflexiva de BECK (1986) es una de las que describe estos procesos. Los mismos generan tanto inseguridad –eliminando fuentes tradicionales de seguridad y también de modo más directo– como seguridad, si bien más precariamente, incluyendo formas actualizadas e incluso novedosas de vinculación y de comunidad. Esto dibuja un escenario de inseguridad variable, y no prácticamente una constante como en otros enfoques. El sentimiento de inseguridad, la variable independiente nuclear de esta teoría, puede entenderse como una *emoción* (SERRANO MAÍLLO, 2016). Junto con su naturaleza social recién reseñada, una de las grandes ventajas de la teoría de los sentimientos de inseguridad es que es consistente con cambios rápidos en las actitudes frente al delito a nivel individual –algo que, por ejemplo, ni los valores ni la ideología política ni la educación pueden justificar. El planteamiento teórico básico sostiene que la inseguridad se relaciona con una falta de empoderamiento –frente a la que los individuos reaccionan buscando vinculaciones y comunidad, lo cual a su vez facilita la acción. La firmeza, por lo tanto, es una reacción a un estado de cosas negativo, o mejor dicho una consecuencia de dicha respuesta. Bajo estas circunstancias, los agentes pueden buscar grupos a los que pertenecer, algo que puede producirse incluso de modo pasivo y casi inadvertido como cuando se participa en un rito –una coronación, un escándalo político, un castigo…– a través de los medios de comunicación como la televisión. En efecto, la televisión, internet o el email desempeñan un rol nuclear en las nuevas comunidades. Frente al predominante modelo hipodérmico y la imagen negativa que ofrece de los medios, se puede hipotetizar que lo relevante de los mismos no es la información que envían, presumiblemente en forma de inputs, sino las posibilidades que abren a la entrada en comunidades y a la participación en ritos –de modo que la inseguridad aparece antes que la tendencia, si no necesariamente al visionado de la televisión, sí al menos a su utilización para formar parte de grupos (MEYROWITZ, 1985). Entre estas comunidades existe una de firmes frente al delito *en general*, esto es al margen de comportamientos y tipos de infractores concretos. Pertenecer a una comunidad impone creencias y también, en nuestro caso, una actitud firme general frente al delito de tipo holístico, no selectivo. Ahora bien, los ritos en la tradición de DURKHEIM (1912/2012) son el elemento primordial para la formación y mantenimiento de las comunidades. El castigo, que tiene una dimensión simbólica, es precisamente un rito: un rito de purificación para esta comunidad de firmes frente al delito; lleva implícito lo sagrado; tiene una gran carga emocional; transmite significados, cumpliendo así una función expresiva o simbólica; y, por lo tanto, reafirma la comunidad y reasegura y da sentido a la vida colectiva.

La teoría de los sentimientos de inseguridad ha sido testada con anterioridad, con hallazgos generalmente favorables a la misma, aunque también nulos y mixtos. COSTELLOE y sus asociados compararon a quienes consideraban que su situación financiera iría peor dentro de un año con los que creían que les iría mejor y encuentran la asociación pronosticada por la teoría de los

sentimientos de inseguridad para el caso de hombres, de personas de raza blanca y de hombres de raza blanca: para estas submuestras, aquellos que creen que les irá peor dentro de un año son más firmes frente al delito que quienes creen que les irá mejor. Los autores concluyen que «la inseguridad económica tiene un rol que desempeñar [...] en la comprensión de las actitudes punitivas hacia los criminales» (COSTELLOE ET AL., 2009: 44). HOGAN y sus colegas afirman no encontrar pruebas en favor de la teoría de los sentimientos de inseguridad utilizando dos variables dicotómicas sobre si la situación económica ha empeorado o mejorado desde hace un año o mejorará o empeorará dentro de un año (HOGAN ET AL., 2005). Sin embargo, reseñan una importante excepción: «la expectativa de encontrarse en peores circunstancias financieras el próximo año en comparación con el presente se relacionaba con la punitividad, pero sólo entre las mujeres y las minorías y no entre los hombres blancos, en nuestra muestra» (HOGAN ET AL., 2005: 403-404). JOHNSON (2001) no registra apoyo de ningún tipo para la tesis de la inseguridad, pero su medida es una combinación de un ítem sobre la evolución *en el pasado* de la situación financiera personal y sobre la *satisfacción* con la situación financiera, que son elementos heterogéneos (SERRANO MAÍLLO, 2016). KING y MARUNA encontraron que las ansiedades económicas en sentido amplio eran un sólido predictor de la punitividad individual en su modelo multivariante completo. Escriben que «La ansiedad económica, o la percepción de que la economía británica está empeorando, también se encuentra asociada de modo positivo con la punitividad» (KING Y MARUNA, 2009: 160). Pruebas contrarias a la teoría de los sentimientos de inseguridad son reportadas por LEHMANN Y PICKETT (2016), quienes utilizan de modo independiente dos medidas de inseguridad personal y social esperada y observan una correlación *negativa*, estadísticamente significativa, con el apoyo a la pena de muerte –cuando nuestra teoría pronostica una relación directa[2]. Yo mismo he encontrado en otros lugares pruebas empíricas de nuestra hipótesis nuclear. En concreto, utilizando datos del CIS y mediante análisis de regresión logística y ordinal y recurriendo a un modelo log-lineal con variables latentes, pude establecer que estimaciones de situación económica predicen de modo estadísticamente significativo la postura sobre la pena de muerte y otras medidas más complejas de firmeza frente al delito (SERRANO MAÍLLO, 2013; 2016). SINGER y sus asociados (2019) emplean cuatro medidas de inseguridad económica de modo independiente y encuentran, en referencia a la firmeza, efectos nulos y significativos tanto en sentido positivo –favorable por lo tanto a H_1– como negativo; así como efectos directos e indirectos a través del miedo al delito. En un estudio español, VARONA GÓMEZ (2013) no encontró una relación entre punitividad y lo que puede entenderse como inseguridad económica en datos de la Encuesta Social Europea.

1.3. Hipótesis

La teoría extendida es demasiado abstracta y compleja como para ser contrastada directamente con la observación. En todo caso, a la luz de las tesis recién expuestas puede proponerse la siguiente conjetura:

H_1. Según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes hacia los delincuentes multirreincidentes.

Es menester obtener mediciones de las dos variables que menciona de modo expreso y analizar si la relación que existe entre ellas es la especificada por la misma hipótesis. La limitación a la

[2] Aparte del empleo aislado de medidas que son indicadores de una misma variable latente según nuestra teoría, la variable dependiente de esta investigación se crea combinando dos preguntas distintas sobre la pena de muerte.

dimensión económica, como nos disponemos a ver, es debida a las medidas que tenemos a nuestra disposición.

2. El presente estudio

2.1. Datos

Para la contrastación de nuestra hipótesis recurrimos a los datos del reciente Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de julio de 2019, numeral 3257. El universo de este estudio era la población española de 18 o más años de edad. El tamaño muestral final asciende a 2952 casos. El procedimiento de muestreo fue polietápico y estratificado por conglomerados. El modo de recogida de datos fue el usual de entrevista cara a cara en el domicilio del encuestado. Puesto que, como es habitual en el CIS, el proceso muestral rompe la aleatoriedad con el recurso a cuotas en la selección de los encuestados, el error no se puede calcular. El trabajo de campo tuvo lugar entre el 1 y el 11 de julio de 2019.

2.2. Medidas

El cuestionario del estudio 3257 del CIS incluye ítems que permiten medir nuestras variables de interés. Se trata de preguntas cerradas, preferibles a las abiertas en el contexto de medición de variables (LEÓN ET AL., 2018). Veamos su redacción concreta, clasificándolos según se hayan empleado para la operacionalización de la variable dependiente, de la independiente o de los controles, incluyendo entre éstos las variables sociodemográficas y la agregada. Comenzaremos por nuestra variable dependiente o respuesta: *firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes*.

a. Firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes

Una demanda de respuesta (P) permite medir la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes a nivel individual: P30: «Entre las siguientes opciones, ¿cuál cree Ud. que habría que aplicar en el caso de los/as delincuentes multirreincidentes, es decir, los/as que cometen delitos varias veces?». P30 ofrece dos opciones de respuesta sustantiva: «Deberían cumplir su sentencia como cualquier otro/a delincuente, esperando su rehabilitación» y «Deberían cumplir su sentencia íntegramente, sin disfrutar de beneficios penitenciarios, como medida de protección de la sociedad». Aunque la validez de este ítem no es evidente, asumimos que quienes desean sanciones especialmente graves aunque sólo sea para un grupo de condenados son también más firmes o punitivos frente al delito. Las respuestas que ofrece P30 *mezclan* por un lado la postura sobre la punitividad –cumplir las penas «íntegramente» frente a «como cualquier otro», esto es, presumiblemente, con potenciales reducciones de condena y acceso a libertad condicional– y por otro la postura sobre los fines de las penas –resocialización frente a defensa social. Es cierto que ambas dimensiones tienden a estar relacionadas tanto empírica como teóricamente (GIDEON y SHERMAN-OREN, 2014), pero hubiera sido preferible mantenerlas separadas (SARIS y GALLHOFER, 2014). Dado el contexto de P30, que aparece tras un ítem sobre la dureza o ligereza de las leyes (penales) y a que la parte inicial es la referida al cumplimiento y es más enfática, cabe asumir que la dimensión punitividad dominará en las respuestas (FOWLER, 1995). Los entrevistadores podían codificar como respuesta alternativa cualquier otra que se ofreciera, pero esta información no está disponible, de modo que quienes optaron por ofrecer una respuesta sustantiva fuera de las dos categorías por defecto deben ser entendidos como casos de no respuesta. Es imaginable que algunas o quizá la mayoría de las respuestas alternativas fueran firmes o incluso especialmente firmes frente a los

multirreincidentes pero no podemos sustentar empíricamente esta sospecha. Sin duda, son imaginables contestaciones matizadas, condicionales, complejas, etc. que no se ajustarían a este patrón. De nuevo, la elección de los multirreincidentes y una aclaración que enfatiza, probablemente favorece respuestas punitivas (VARONA GÓMEZ, 2009).

b. Inseguridad

Nuestra variable independiente, tal y como se especifica en H_1, es la *inseguridad económica*. El cuestionario del estudio CIS3257 incluye cinco preguntas sobre la situación económica personal y nacional: «Para empezar, refiriéndonos a la situación económica general de España, ¿cómo la calificaría Ud.: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?» (P01); «¿Cree Ud. que la situación económica actual de España es mejor, igual o peor que hace un año?» (P02); «¿Cree Ud. que dentro de un año la situación económica de España será mejor, igual o peor que ahora?» (P03); «¿Cómo calificaría Ud. su situación económica personal en la actualidad: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?» (P04); «¿Cree Ud. que dentro de un año su situación económica personal será mejor, igual o peor que ahora?» (P05). Como puede observarse, dos de las preguntas cuentan con cinco categorías de respuesta y tres con tres, todas ellas ordenables. Los mismos o semejantes ítems han sido utilizados en otras investigaciones para medir los sentimientos de inseguridad a nivel individual (SERRANO MAÍLLO, 2013). Podemos hipotetizar que estos cinco ítems son indicadores de nuestra variable independiente, que en el marco de la teoría de los sentimientos de inseguridad es un constructo unitario, latente. Así, procederemos a reducir la información mediante un análisis de componentes principales categórico de naturaleza exploratoria (BLASIUS y THIESEN, 2012).

Algunas de las decisiones metodológicas más importantes de este análisis son las siguientes: se han estimado dos dimensiones, si bien sólo se ha utilizado la primera para los análisis[3]; el nivel de escalamiento ha sido el óptimo ordinal; la ponderación de las variables, uno en todos los casos; el método de discretización seguido ha sido el de agrupación (normal), según las categorías de respuesta observadas; mientras que el de normalización ha sido el principal de variable. Sólo se han utilizado datos con información completa (N=2294). El análisis arroja un alfa de Cronbach total de 0,84; la primera dimensión tiene un autovalor de 2,038 y explica un 40,764 por ciento de la varianza; mientras que para la segunda se llega respectivamente al 1,007 y al 20,148. La contribución individual de las variables observadas al autovalor total (y, por lo tanto, a la varianza explicada) es superior en todos los casos a los 0,55 puntos (⩾0,57), con la excepción de P5 (=0,408). Finalmente, las cargas son superiores o iguales a 0,54 en la primera dimensión. Se han guardado las puntuaciones de los objetos creando una nueva variable continua de sentimientos de inseguridad que será utilizada en los análisis de regresión del presente artículo. Puntuaciones más elevadas implican sentimientos de inseguridad más elevados.

[3] Adviértase que esta es una decisión *a priori* que se justifica por la naturaleza metodológica de la segunda dimensión, lo cual es habitual en análisis de componentes principales categóricos con un ajuste asumible. Desde este punto de vista, el autovalor de la segunda dimensión no es relevante. Además, el hecho de que su autovalor supere el 1 (=1,007) es *sólo* un criterio para su incorporación a los análisis (tampoco en los ordinarios o no categóricos): tanto la diferencia significativa o salto respecto al autovalor de la primera dimensión como la (decisiva) interpretación sustantiva desaconsejan *a posteriori* o *empíricamente* que la segunda dimensión sea relevante.

c. Variables de control, sociodemográficas y agregada

Dos variables cuya relación con la firmeza en general –y, por lo tanto, con la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes en particular– goza de bastante, aunque no unánime, respaldo empírico son la ideología y el nivel educativo. Comencemos por la primera, que es medida mediante la pregunta habitual, también en el caso del CIS: «Cuando se habla de política se utilizan normalmente las expresiones izquierda y derecha. En esta tarjeta hay una serie de casillas que van de izquierda a derecha. ¿En qué casilla se colocaría Ud.?» (P34). De las 10 respuestas sustantivas posibles, que se muestran en una tarjeta, 1 representa el valor de izquierda máximo y 10 el de derecha.

P42 y P42a miden el nivel formativo en el CIS3257. Las respuestas a ambas respuestas se codifican en 16 categorías nominales. Para su empleo como control en análisis de regresión es preciso, como mínimo, imponer un orden en las mismas. El resultado es una variable ordinal con 6 categorías[4]. El CIS recoge en sus datos su propia medida ordinal, también de 6 escalones, del nivel de estudios, la cual se asocia de modo muy elevado con la aquí propuesta (correlación de Pearson=0,891; p<0,0005; N=2939). Puntuaciones más elevadas indican mayor formación o nivel de estudios.

P19 interrogaba del modo que sigue: «¿Ha sido Ud. víctima de algún delito durante los últimos diez años?». Se trata, desde un punto de vista sustantivo, de una dicotomía: no (=0) o sí (=1). La potencial influencia de este factor sobre la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes es estudiada habitualmente ya que es intuitivamente plausible esperar que quien ha sido víctima de algún delito albergue actitudes menos benévolas hacia los infractores. También intuitivamente, esta asunción está especialmente justificada para daños recientes, en el caso de delitos serios y violentos y, quizá, cuando la victimación afecta también a terceros próximos, si bien la pregunta del CIS es más general.

Aparte de su atractivo intuitivo, algunas teorías conceden un rol a la Administración de Justicia (AJ) en la explicación de la firmeza frente al delito. Así, la teoría de la política y social y de consenso de LAPPI-SEPPÄLÄ (2008) pronostica que una mayor confianza en la AJ influye en que la firmeza sea más moderada. El cuestionario del estudio CIS3257 incluye algunas preguntas (P20-P22) que permiten estimar la desconfianza en la AJ a nivel individual. En concreto, se demanda una respuesta sobre su funcionamiento en el momento de la entrevista, sobre su funcionamiento en comparación con el pasado y sobre la confianza que inspira en la población. Las redacciones concretas eran las siguientes: «¿Cómo considera Ud. que funciona actualmente la Administración de Justicia en España: muy bien, bien, [regular,] mal o muy mal?» (P20); «Y en comparación con hace unos años (cuatro o cinco), ¿diría Ud. que el funcionamiento de los tribunales de Justicia es ahora mejor, igual o peor que entonces?» (P21); y «¿Cree Ud. que en España el/la juez/a inspira a la gente mucha, bastante, poca o ninguna confianza?» (P22). Estos ítems ofrecen, como vemos, entre 3 y 5 categorías sustantivas de respuesta que pueden ordenarse. Puesto que se asume que estos ítems son indicadores de una variable unidimensional no observada, se ha procedido a reducir su información mediante un análisis de componentes principales categórico de dos dimensiones; con un escalamiento óptimo ordinal; ponderación uno; agrupación (normal); y normalización principal de variable; siempre para

[4] La recodificación ha seguido las siguientes reglas: 1=0-2; 2=3-5; 3=6-7; 4=8-9; 5=10-12; y 6=13-15. Los datos entre paréntesis se refieren a las categorías originarias, que ya se ha mencionado en el texto que están medidas a nivel nominal.

datos con información completa (N=2356) (BLASIUS y THIESEN, 2012). El análisis arroja un alfa de Cronbach total de 0,942; la primera dimensión alcanza un autovalor de 1,9; mientras la segunda no pasa de 0,788. Las cargas son superiores o iguales a 0,654 en la primera dimensión. Con las puntuaciones de los objetos se ha creado una variable de desconfianza en la AJ. Puntuaciones más elevadas implican mayor desconfianza.

Finalmente se incorporan variables sociodemográficas comúnmente utilizadas en el estudio de la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes a nivel individual: estado civil (1=casado en la actualidad; 0=no casado, esto es en estado soltero, viudo, separado o divorciado) (P44), ingresos del hogar (con 11 tramos, desde «No tiene/n ingresos de ningún tipo» [=1] a «Más de 6000 euros» al mes tras impuestos [=11]) (P50)[5], edad estimada según los años cumplidos en el último cumpleaños (P41) y sexo (1=hombre; 2=mujer) (P40), así como religiosidad de acuerdo con P43 y P43a. Esta última variable se ha creado con la información de los dos items recién señalados y ha resultado en 7 niveles, desde quienes se declaran agnósticos, indiferentes, no creyentes o ateos (=0) y quienes se declaran creyentes de alguna religión pero no asisten nunca a misa ni a otro oficio religioso sin contar ceremonias sociales (=1) hasta quienes afirman atender los oficios religiosos «Varias veces a la semana» (=6). Se asume que puntuaciones más elevadas implican una mayor religiosidad.

También se utilizará el tamaño de la población en que reside el encuestado, con 7 posibles escalones, de 2000 habitantes o menos (=1) a más de un millón (=7). Se trata de una variable agregada.

2.3. Recapitulación y estrategia analítica

A modo de recapitulación, la Tabla 1 informa de los estadísticos descriptivos más importantes de las variables utilizadas en el presente estudio. En primer lugar, se presentan los de la variable dependiente, a continuación los de nuestra variable independiente y finalmente los de las variables de control.

Tabla 1. Principales estadísticos descriptivos de las variables empleadas en los análisis

	N	Media	DT	Mín.	Máx.
Firmeza	2655	,805	,396	0	1
Inseguridad	2294	0,000	1,000	-2,109	3,454
Desconfianza/AJ	2356	0,000	1,000	-2,606	1,866
Ideología	2488	4,486	2,08	1	10
N/Estudios	2940	2,705	1,393	1	6
Victimación	2948	,168	,374	0	1
Casado	2945	,517	,500	0	1
Ingresos	1795	6,188	1,757	1	11
Religiosidad	2883	1,748	1,640	0	6
Edad	2952	50,871	18,143	18	98
Mujer	2952	1,518	,500	1	2
Tamaño/Pob	2952	3,891	1,700	1	7

DT: desviación típica.

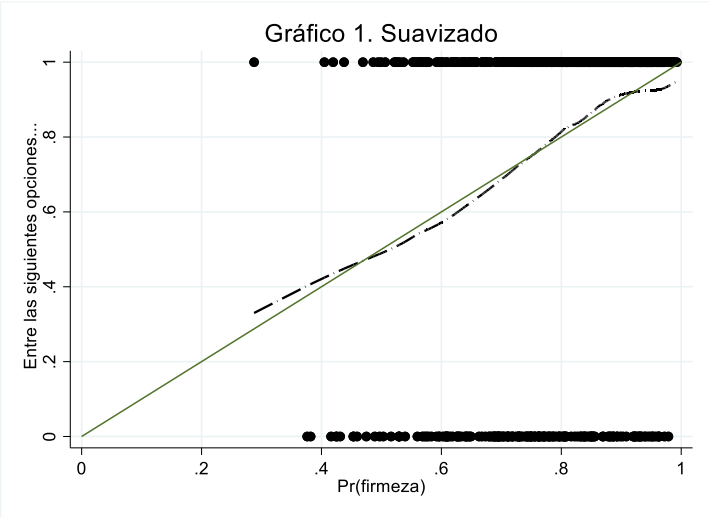
[5] Existe una fuerte asociación de esta variable con los ingresos de la persona entrevistada (P51) (correlación de Pearson=0,536; p<0,0005; N=1788) y con la estimación de clase social del CIS (P529) recodificada en cuatro niveles (clase alta o media alta; media, obreros cualificados; obreros no cualificados) (correlación de Pearson=-0,358; p<0,0005; N=1755).

La Tabla 1 muestra algo que ya sabemos: que nuestra variable dependiente firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes tiene dos categorías. Nuestra hipótesis sustantiva (H_1) exige comprobar si existe una asociación entre firmeza e inseguridad, controlando por el efecto de otras variables que podrían hacer confundir tal relación y revelarla causalmente espuria. La forma habitual de contrastar la asociación entre ambas variables en nuestra disciplina pasa por algún tipo de regresión, dependiendo de la distribución de la variable dependiente o respuesta. En nuestro caso y en el marco de las ciencias sociales, la herramienta analítica por defecto es la regresión logística (logit) (AGRESTI, 2010; LONG, 1997; O'CONNELL, 2006).

3. Resultados

La Tabla 2 muestra los resultados de nuestra regresión logística (logit), cuya finalidad es la de contrastar nuestra solitaria hipótesis sustantiva. El modelo es significativo en su conjunto (Wald=67,300; grados de libertad [gl]=11; p<0,0005; N=973). Su capacidad explicativa es pobre según los pseudocoeficientes de determinación (por ejemplo, pseudoR2 de Cox-Snell=0,093)[6].

Un problema serio de nuestro modelo es el de la pérdida de datos. Puesto que nuestro análisis de regresión recurre a observaciones con información completa, termina por emplear únicamente 973 de las 2952 posibles en un escenario ideal, lo cual representa el uso del 32,961 por ciento de toda la muestra, o bien la pérdida de casi el 70 por ciento de la misma. Este es un problema grave que exige algún tipo de acción correctora (SERRANO MAÍLLO, 2008). Como es bien sabido, cuando se señala que se han utilizado sólo las observaciones con información completa, quiere decirse que aquellas en las que faltara información en alguna de las variables incluidas en el modelo, así fuera una sola, han sido eliminadas. Es el procedimiento estándar en los paquetes de análisis estadístico habituales. La prueba de Hosmer y Lemeshow es marginalmente significativa (p=0,053), pero el Gráfico 1 de suavizado (lowess) no muestra áreas de la distribución en las que el modelo no haga una labor predictora asumible (LONG, 1997). Dejando de lado esta importante complicación, nada evidente arroja dudas sobre el modelo.



[6] Debe recordarse que nuestro modelo está basado en teoría y está orientado al contraste de hipótesis derivadas de teorías. Si el nuestro hubiera seguido lo que a veces se denomina *construcción de modelos*, sería posible elevar *ad hoc* los pseudocoeficientes de determinación. Este enfoque es lícito desde un punto de vista inductivo, y refleja el mejor modelo *para la muestra de que se trate*. Sobre el bajo porcentaje de varianza explicada, y siempre en el marco de un enfoque teóricamente deductivo, analíticamente frecuentista y conservando en mente que el modelo es significativo desde un punto de vista estadístico, COHEN (1988) recuerda que en el caso de áreas insuficientemente estudiadas lo habitual es que la varianza explicada sea muy baja, si es que existe capacidad explicativa alguna.

La Tabla 2 informa de los coeficientes y errores típicos robustos de nuestras variables individual y de control. A nivel individual, el análisis de regresión logística de la Tabla 2 arroja pruebas favorables a H1: *según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes*[7]. En efecto, la inseguridad predice la actitud frente a los delincuentes multirreincidentes de modo estadísticamente significativo (p<0,05) y en el sentido positivo esperado.

Tabla 2. Regresión logística: *firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes*

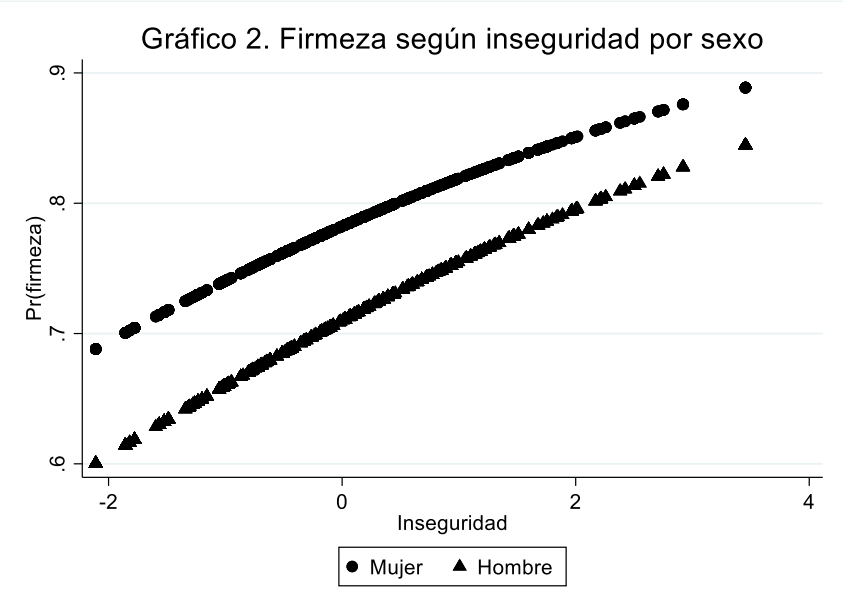
	Coeficiente (ETR)	**IC al 95%**	
Inseguridad	,232 (,102)*	,033	,431
Ideología	,224 (,051)***	,124	,323
N/Estudios	-,327 (,079)***	-,482	-,173
Victimación	-,358 (,222) NS	-,793	,077
Desconfianza/AJ	,071 (,096) NS	-,118	,260
Casado	,174 (,198) NS	-,214	,562
Ingresos	,039 (,069) NS	-,096	,174
Religiosidad	,183 (,076)*	,033	,333
Edad	-,013 (,007) NS	-,026	,000
Mujer	,610 (,189)**	,240	,981
Tamaño/Pob	,119 (,049)*	,023	,215
Constante	,446 (,630)		
N	973		
Hosmer y Lemeshow	14,370 (gl=8) NS		
pR^2 Nagelkerke	,155		
pR^2 Cox-Snell	,093		

*: p<0,05; **: p<0,01; ***: p<0,0005; NS: no significativo.
gl: grados de libertad.
ETR: errores típicos robustos.

Existen muchas formas de interpretar los resultados de un análisis de regresión logística, con las razones de las ventajas (RV) entre las más habituales (LONG, 1997). RV es sencillamente la exponenciación del coeficiente (=e^0,232). De acuerdo con las mismas, para nuestra variable independiente (RV=1,261): para cada unidad en que se incrementa la inseguridad, se produce un incremento del 26 por ciento en la ventaja de tener una puntuación 1 en firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes («Deberían cumplir su sentencia íntegramente, sin disfrutar de beneficios penitenciarios, como medida de protección de la sociedad») en comparación con la puntuación de 0 («Deberían cumplir su sentencia como cualquier otro/a delincuente, esperando su rehabilitación»).

[7] Se me ha sugerido que podría haber diferencias entre la relación de P01 y P04 por un lado y nuestra variable dependiente por otro. Cuando se regresa la variable firmeza sobre cada una de ellas, sólo en el segundo caso se alcanza la significación estadística: para P04, coeficiente=0,013, ET=0,600, p=0,823, N=2635; mientras que para P01, coeficiente=0,0155, ET=0,064, p=0,015, N=2642. Sin embargo, del hecho de que no se haya podido rechazar la hipótesis nula de ausencia de relación en uno de los casos no puede derivarse que existe una relación diferencial de ambos ítems con la firmeza; ni que no se trate de indicadores de una misma variable latente que deben combinarse en la lógica deductiva.

Fuera del modelo lineal, la interpretación no sólo es difícil, sino poco intuitiva (LIAO, 1994). El Gráfico 2 puede ser de ayuda a tal fin (HILBE, 2009; LONG, 1997). El mismo refleja la probabilidad de cada una de las dos categorías de nuestra variable firmeza dependiendo del nivel de inseguridad, por sexo –controlando por el resto de variables. Como puede observarse, incluso una puntuación baja en inseguridad y, por lo tanto, una ausencia de sentimientos de inseguridad marcados, lo más probable es que se corresponda con la categoría 1 de nuestra variable dependiente, esto es la de punitividad relativamente elevada. Esto no es sorprendente puesto que, como se dijo, en la interrogación del CIS existe un cierto sesgo hacia este extremo de las actitudes frente al delito. Al mismo tiempo, según aumenta la inseguridad, la categoría número 1 se hace más y más probable hasta superar el 0,9 hacia el final de la distribución, alrededor de 2 desviaciones típicas por encima de la media. La categoría más benévola, por el contrario, sigue el camino contrario: se hace menos y menos probable según aumenta la inseguridad. Además de facilitar la interpretación de nuestros hallazgos, el Gráfico 1 confirma el respaldo a H_1.



La Tabla 3 muestra numéricamente las probabilidades predichas para las dos categorías de firmeza según la media de inseguridad y varias distancias típicas por encima y debajo (LIAO, 1994). La interpretación es la misma que la del Gráfico 2, quizá con algo más de precisión. Al mismo tiempo, puede afirmarse que existe una diferencia estadísticamente significativa entre la probabilidad predicha para firmeza=1 para el valor de dos desviaciones típicas por debajo (intervalo de confianza al 95 por ciento=0,731 0,862) y por encima (=0,869 0,948) de la media de la variable independiente inseguridad (=0,000) –lo mismo ocurre para firmeza=0.

Tabla 3. Probabilidades predichas según varios valores estandarizados de inseguridad: *Firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes*

	Inseguridad					
	-2 DT	-1 DT	Media	1 DT	2 DT	3 DT
Pr(Firmeza=0)	,204	,169	,139	,113	,092	,074
Pr(Firmeza=1)	,796	,831	,862	,887	,908	,926

DT: desviación típica.

Como se ha repetido, el apoyo a H1 se ha obtenido controlando el efecto de algunas importantes variables. De ellas, cuatro se revelan como predictores estadísticamente significativos de la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes. En primer lugar, la ideología política: según los individuos tienen una ideología más conservadora o de derechas, más firmes se muestran frente a los delincuentes multirreincidentes (coeficiente=0,224; p<0,0005). En segundo lugar, el nivel de estudios: según los individuos tienen un nivel educativo más elevado, menos firmes o más benévolos se muestran frente a los delincuentes multirreincidentes (coeficiente=-0,327; p<0,0005). En tercer lugar, la religiosidad: según los individuos son más religiosos, más firmes se muestran frente a los delincuentes multirreincidentes (coeficiente=0,183; p<0,05). En cuarto lugar, nuestro análisis de regresión relaciona de modo estadísticamente significativo el sexo con la firmeza en el sentido de que las mujeres puntuarían más alto en nuestra variable dependiente (coeficiente=0,610; p<0,01). Finalmente, según se reside en un municipio de más población, también se tiende a ser menos benévolo hacia los delincuentes multirreincidentes. Ninguna de las variables restantes alcanza la significación estadística, de modo que no existen pruebas de que se encuentren asociadas a la firmeza en nuestro estudio a nivel multivariante[8].

Existen pruebas de alguna violación de las asunciones del modelo de regresión logística. Existen para empezar varios outliers u observaciones desviadas, quizá puntos de influencia (AGRESTI, 2010) (equivalentes a distancias de Cook⩽0,209; valores de influencia⩽0,045; |residuos de Pearson|⩽6,763; |residuos de desvianza|⩽2,773; |DFBetas|⩽0,041). Cuando se repite el análisis de regresión eliminando aquellos con puntuaciones estandarizadas (de Pearson) de dos absoluto o superior, los resultados apenas muestran alteraciones dignas de mención. La inseguridad sigue prediciendo de modo altamente significativo la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes (coeficiente=0,416; error típico=0,141; p=0,003; N=915). La más notoria es que, ahora y al nivel alfa=0,05, la victimación predice de modo estadísticamente significativo y positivo la firmeza (coeficiente=-0,944; error típico=0,294; p=0,001; N=915). Otras pruebas y estadísticos descartan violaciones evidentes de otras asunciones del modelo. Verbigracia, el test de Box-Tidwell no apunta a ninguna violación de la asunción de linealidad en el logit (O'CONNELL, 2006); número condición=13,28 (BELSLEY ET AL., 1980); factores de inflación de la varianza⩽1,609; área bajo la curva ROC=0,733.

Pasemos ahora a nuestro principal reto: el de la pérdida de datos. Como se dijo, es imprescindible llevar a cabo algún tipo de acción correctora para de algún modo minimizar la gran pérdida de datos cuando se utilizan los que tienen información completa. Una posibilidad consiste en la imputación múltiple (RUBIN, 1987). La misma parte de la matriz de covarianzas y trata de maximizar las observaciones empleadas en los análisis sin alterar en lo fundamental dicha matriz.

Siguiendo siempre a la literatura especializada, la imputación simple recurre a regresiones convencionales (RUBIN, 1987). Los resultados se utilizan para imputar valores en la variable o variables con casos perdidos. Este procedimiento, sin embargo, es ineficiente. En el sencillo caso de dos variables –una con casos perdidos y otra utilizada para la imputación–, siguiendo el ejemplo de ALLISON (2002), una de ellas se regresa sobre la otra, con el efecto de que los

[8] Se me ha sugerido añadir al modelo una transformación cuadrática de la variable edad. Este término no es significativo desde un punto de vista estadístico (coeficiente=-0,001, ETR=0,000, NS, IC al 95%=-0,001 0,000, N=973). Por lo que se refiere a nuestros hallazgos principales, nada relevante cambia, salvo que edad pierde ahora su significación estadística. Para inseguridad, coeficiente=0,217, ET=0,100, p=0,036, N=973.

valores imputados son una función lineal perfecta de la variable con datos completos. Dicho con otras palabras, la desviación típica de la variable con datos perdidos resulta infraestimada. Para generar imputaciones mejores, la imputación múltiple –frente a la simple– introduce en la regresión un término corrector que utiliza la estimación de la desviación estándar del término del error multiplicada por una cifra aleatoria extraída de una distribución normal. Es decir, que la imputación de valores perdidos utiliza un modelo con un componente de variación aleatoria. Puesto que el recurso a esta imputación aleatoria es problemática por distintas razones, el procedimiento se realiza varias veces y se producen otros tantos conjuntos de datos completos. Los análisis de interés se realizan sobre cada uno de los conjuntos de datos mediante métodos estándar, y se calcula la media de las estimaciones. Este procedimiento es todavía incorrecto y sigue infraestimando los errores típicos. El motivo fundamental es que se están utilizando como parámetros lo que en realidad son solamente estimaciones basadas en muestras. Para corregir este problema, la imputación múltiple recurre ahora a la estadística bayesiana (RUBIN, 1987). Una atractiva solución es el recurso a un método iterativo de tipo Monte Carlo con ecuaciones encadenadas que permita realizar una extracción aleatoria de la distribución posterior de los datos perdidos, dados los datos observados, pero de un modo indirecto, en dos pasos iterativos que eventualmente deben converger en la distribución posterior correcta. Este procedimiento se denomina aumento de datos (MCMC) (aumento de los datos con métodos Monte Carlo usando cadenas de Markov) (RUBIN, 1987).

Hemos comenzado por eliminar aquellas observaciones para las que no existe información en la variable dependiente, ya que algunos autores no aconsejan imputar en la misma (ALLISON, 2002). Esto deja 2655 casos, que pasan a constituir ahora nuestro máximo muestral potencial. Las variables que más datos pierden son inseguridad, desconfianza en la AJ, ideología, religiosidad y, sobre todo y como era de esperar por el contenido de la interrogación, ingresos. Estas son las variables cuyos datos perdidos van a imputarse. Para facilitar esta labor no sólo contamos con nuestras variables ya conocidas, incluidas en el modelo de regresión logística, como sexo, edad y tamaño del municipio, que cuentan con información para todas las observaciones, sino que pueden incorporarse otras adicionales o pasivas, cuyo empleo se circunscribe a la imputación. Aquí hemos añadido a tal fin P6 (situación política general de España) (media=3,911; desviación típica [DT]=0,878; Mín=1; Máx=5; N=2214) y P14 (probabilidad de votar en las próximas elecciones) (media=8,256; DT=2,913; Mín=0; Máx=10; N=2214). Son variables con 5 y 11 posibles categorías de respuesta sustantiva respectivamente y con pocos datos perdidos ellas mismas[9].

Nuestro ejercicio ha realizado 100 imputaciones y su semilla de aleatorización ha sido 26711. La eficiencia relativa del procedimiento ha sido para cada variable superior al 0,995. Como resultado, el análisis de regresión logística con datos imputados utiliza 2516 observaciones, que representan el 82,230 por ciento del total muestral y el 94,765 por ciento de nuestro máximo total potencial una vez que se decidió no imputar los datos perdidos en firmeza. Este último dato, inferior al 10 por ciento, es asumible. Aunque en lo esencial este nuevo ejercicio no altera ni el apoyo a H1 ni el resto de nuestros hallazgos más importantes, existe alguna matización que recomienda mostrar los resultados. Esto es lo que hace la Tabla 4.

[9] Como se ha dicho más arriba, la imputación múltiple parte de la matriz de covarianzas y trata de maximizar las observaciones empleadas en los análisis *sin alterar en lo fundamental dicha matriz*. De esta afirmación se infiere que la variable dependiente debe incluirse en el modelo de imputación ya que, en la misma, se encuentra correlacionada con las variables independientes.

Tabla 4. Regresión logística con imputación de datos perdidos: *firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes*

	Coeficiente (ET)	**IC al 95%**	
Inseguridad	,193 (,066)**	,062	,323
Ideología	,189 (,032)***	,126	,251
N/Estudios	-,145 (,043)**	-,230	-,060
Victimación	-,093 (,138) NS	-,365	,178
Desconfianza/AJ	,022 (,060) NS	-,096	,140
Casado	,164 (,115) NS	-,062	,391
Ingresos	-,019 (,047) NS	-,111	,073
Religiosidad	,129 (,044)**	,043	,215
Edad	-,006 (,004) NS	-,014	,001
Mujer	,309 (,107)**	,099	,519
Tamaño/Pob	,060 (,032) NS	-,002	,122
Constante	,529 (,422) NS	-,299	1,356
N	2516		

**: p<0,01; ***: p<0,0005; NS: no significativo.
ET: error típico.

Como puede observarse en la Tabla 4, nuestro análisis de regresión logística con imputación de datos perdidos arroja de nuevo evidencia favorable a H_1 ya que nuestra variable independiente inseguridad se relaciona de modo positivo con la firmeza (coeficiente=0,193; ET=0,066; p<0,01; RV=1,123), controlando por el efecto de diversas variables. La ideología, el nivel de estudios, la religiosidad y el sexo vuelven a predecir la firmeza al nivel alfa=0,01. El tamaño del municipio donde se reside pierde en estos nuevos análisis su significación[10].

4. Discusión

La presente investigación tiene como objeto testar la teoría de los sentimientos de inseguridad explicativa de la firmeza a nivel individual. A tal fin hemos contrastado una hipótesis derivada de la misma mediante datos obtenidos por el CIS en su Barómetro de julio de 2019 (CIS3257). Nuestros resultados arrojan pruebas favorables a H1: según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes frente a los delincuentes multirreincidentes. Aunque hemos visto que el modelo de regresión logística tenía algunas consideraciones incluso serias, una revisión de las mismas no arroja dudas evidentes sobre nuestra conclusión. De este modo, la teoría de los sentimientos de inseguridad vuelve a salir reforzada de este nuevo test. Puede decirse que la misma es respaldada por un importante cuerpo de evidencia empírica, en particular en nuestro país (SERRANO MAÍLLO, 2011; 2013; 2016; SERRANO MAÍLLO y KURY, 2008).

Además de contrastar H1, nuestro estudio arroja indicios indirectos sobre algunos correlatos de la punitividad o firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes a nivel individual. A nivel comparado, es habitual incluir edad y sexo en los modelos. Aquí no hemos encontrado una

[10] Edad^2 sigue sin alcanzar la significación estadística cuando se incluye en el modelo (coeficiente=-0,000, ETR=0,000, NS, IC al 95%=-0,001 0,000, N=2516.

conexión entre edad y firmeza. Aunque existen sospechas de que los individuos de mayor edad tienden a ser más punitivos (COOK, 1994), las pruebas sobre este elemento son más bien mixtas ya que existen igualmente hallazgos en sentido opuesto (BAKER y BOOTH, 2016; KELLY 2014) y nulos (CHEN y EINAT, 2015; JIANG ET AL., 2015; SERRANO MAÍLLO, 2013; 2016).

Sí hemos encontrado una conexión estable, robusta entre sexo y firmeza. En nuestros resultados, las mujeres resultan más firmes frente a los delincuentes multirreincidentes. A nivel comparado, las féminas parecen ser significativamente menos punitivas que sus compañeros en la investigación comparada (COCHRAN y PIQUERO, 2011; UNNEVER y CULLEN, 2012). Así, en su revisión de la literatura, APPLEGATE y sus asociados mantienen la existencia de una «brecha de género» a lo largo de la «mayoría de los resultados», si bien recogen una amplia heterogeneidad de hallazgos e insisten en que el efecto de esta variable no debe exagerarse y que sólo explica «un modesto porcentaje de la variación en las actitudes» (APPLEGATE ET AL., 2002: 91 y 97). De nuevo, sin embargo, existen excepciones a la habitual asociación entre ser hombre y actitudes más firmes frente al delito y no faltan estudios que reportan hallazgos opuestos –los hombres serían menos firmes–, nulos o inconcluyentes (CANO PAÑOS y CALVO ALBA, 2019; CHUI y CHENG, 2015; SERRANO MAÍLLO, 2013; 2016)[11].

Otro hallazgo habitual en la investigación comparada y que hemos replicado en el presente estudio es que una menor educación o formación predice una mayor firmeza (GELB, 2011; UNNEVER y CULLEN, 2007; SERRANO MAÍLLO, 2013; 2016; VARONA GÓMEZ, 2016). También se han reportado en algunas publicaciones hallazgos nulos (COCHRAN y PIQUERO, 2011; UNNEVER y CULLEN, 2012). La explicación está lejos de ser clara: puede ser que se trata de individuos con más información, más críticos, que detectan mejor el componente de deseabilidad social de la interrogación, que tienden a adoptar valores postmateriales, etc.

Otro de nuestros hallazgos acerca del cual existe una gran coincidencia es que el conservadurismo es un predictor positivo de la firmeza, en nuestro caso hacia los delincuentes multirreincidentes (GARLAND et al., 2016; SERRANO MAÍLLO, 2013), aunque de nuevo pueden hallarse en la investigación comparada resultados nulos (COCHRAN y PIQUERO, 2011; JIANG ET AL., 2015; SERRANO MAÍLLO, 2016).

En nuestro estudio hemos encontrado pruebas estables y sólidas de que el grado de religiosidad, estimado según la autoconsideración subjetiva de si se es creyente y el grado de

[11] El estudio de CANO PAÑOS y CALVO ALBA (2019: 22) cuenta con dos estimaciones de punitividad. Me referiré únicamente a los resultados bivariados dadas ciertas consideraciones existentes en los multivariantes. En la relativa a la potencial introducción en el Código penal español de la pena de muerte no existen diferencias estadísticamente significativas entre hombres y mujeres (Chi^2, NS; residuos tipificados corregidos=|1,3|; N=534). Para la otra pregunta relativa a la prisión permanente revisable (PPR) (medida a nivel nominal), encuentran que la asociación es marginalmente significativa según la prueba de Chi^2 (=5,879; gl=2; p=0,053; N=520), al tiempo que sí existe una diferencia estadísticamente significativa en las celdas relativas a la introducción de una pena más grave ($c_{1,3}$ y $c_{3,3}$), diferencia que además es interpretable: las mujeres es más probable que opten por esta alternativa en comparación con sus compañeros (residuos tipificados corregidos=|2|). Esto sugiere una mayor firmeza de las mujeres, como en nuestros resultados ordinarios. El problema es que las categorías de respuesta de esta pregunta no son excluyentes entre sí debido a que alguien puede opinar que la PPR debe derogarse, pero para ser sustituida por otra pena más grave (incluyendo la de muerte) –una combinación posible, aunque improbable–; o bien opinar que debe aplicarse obligatoriamente en ciertos casos graves y, al mismo tiempo, que debe introducirse otra sanción más grave (como la cadena perpetua en sentido estricto, aunque no necesariamente la de muerte) –una combinación mucho más probable. Estos problemas de esta pregunta dificultan que se pueda analizar sin realizar ciertas asunciones; y, por lo tanto y a nuestros intereses, que la misma permita inferir una influencia del sexo en la punitividad. Pese a que la mencionan (7-8), estos autores no parecen utilizar en sus análisis la variable edad.

participación en ceremonias religiosas, prediga la firmeza hacia los delincuentes multirreincidentes. La investigación empírica informa tanto de hallazgos igualmente nulos (LAMBERT ET AL., 2008; SERRANO MAÍLLO, 2016) como de asociaciones significativas desde un punto de vista estadístico en sentido positivo (BAKER y BOOTH, 2016; UNNEVER y CULLEN, 2007).

La presente investigación no es ajena a serias limitaciones que podrían cuestionar alguno de los hallazgos. Para empezar y como es habitual, aunque la encuesta 3257 del CIS incluye dos ítems para la estimación de la firmeza, aquí sólo hemos podido utilizar uno de ellos. Naturalmente, estudios generales de encuesta como los barómetros del CIS es muy difícil que puedan incluir varios indicadores válidos de la que aquí es nuestra variable respuesta. Además de ello, la orientación concreta de las preguntas hacia delincuentes serios («mutirreincidentes, es decir, los/as que cometen delitos varias veces») probablemente ha sesgado las respuestas hacia la categoría más firmes, con la consecuencia de que la variabilidad ha podido verse reducida. Pese a ello, sería injusto dejar de reconocer la labor de CIS al proporcionar datos de calidad para la investigación en ciencias humanas y sociales, en particular con preguntas como las que hemos podido emplear aquí en momentos políticamente convulsos que favorecen enfoques ideológicos antes que científicos. Otra limitación seria es que hemos contado únicamente con medidas sobre inseguridad económica. Aunque hubiera sido deseable haber dispuesto de indicadores de otras dimensiones, nuestra teoría considera que la inseguridad es un constructo unidimensional (SERRANO MAÍLLO, 2016). Establecida la asociación entre firmeza e inseguridad; y asumiendo que la segunda difícilmente puede ser una causa de la primera –esto es que el orden temporal probablemente sea el especificado por la teoría de los sentimientos de inseguridad–; la protección de nuestros análisis frente a un problema de espuriedad ha sido limitada. En particular, se echan de menos medidas sobre valores, concretamente materiales/postmateriales (IINGLEHART, 1997): los mismos son causas de actitudes más benévolas hacia el delito según la teoría extendida de los sentimientos de inseguridad (SERRANO MAÍLLO, 2016), con un efecto mayor que la inseguridad –aunque con el hándicap de su lentitud a la hora de cambiar.

5. Conclusiones

La presente investigación ha contrastado una hipótesis derivada de la teoría de los sentimientos de inseguridad con datos del CIS en su Barómetro de julio de 2019 (CIS3257). Los resultados mediante regresión logística arrojan pruebas favorables a H1: según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes frente a los delincuentes multirreincidentes. Este apoyo es robusto y controla por el efecto de importantes variables. Puesto que existen muchas pruebas procedentes de bases de datos distintas y obtenidas mediante herramientas analíticas diferentes, al menos para el caso de España, los sentimientos de seguridad deberían controlarse en futuros estudios empíricos que deseen evitar problemas de especificación. Nuestro estudio también ofrece pruebas sobre ulteriores correlatos de la firmeza a nivel individual: ideología, nivel de estudios, religiosidad y sexo predicen la firmeza de modo estadísticamente significativo.

En segundo lugar, nuestro estudio ha contrastado nuestra hipótesis sustantiva recurriendo a una única pregunta. Futuras investigaciones que tengan entre sus objetivos testar teorías explicativas de la punitividad deberían incluir varias preguntas para la medición de la misma (SPECTOR, 1992). Lamentable, aunque comprensiblemente, esto es difícil de hacer en estudios generales de encuesta como los que realiza el CIS. En este contexto debe advertirse que algunos

sectores de la Criminología española han sostenido que las encuestas del CIS podrían no medir hechos objetivos e, incluso, incluir preguntas-trampa (VARONA GÓMEZ, 2009)[12].

Por último, es importante no olvidar que la mayor parte de las variables observadas originales procedentes de encuestas como las del CIS están medidas a nivel nominal o como mucho ordinal. Así las cosas, a menudo no es posible aplicar técnicas estadísticas cuyas exigencias sobre el nivel de medición y la distribución no se cumplen, aunque en la práctica no sea inhabitual. Pues bien, es preciso, por un lado, tomar las variables categóricas en serio (AGRESTI, 2002).

6. Bibliografía

Alan AGRESTI (2002), Categorical data analysis, 2.ª ed., Hoboken, NJ: John Wiley and sons.

Alan AGRESTI (2010), Analysis of ordinal categorical data, 2.ª ed., Hoboken, NJ: John Wiley and sons.

Paul D. ALLISON. (2002), Missing data, Thousand Oaks, CA [etc.]: Sage.

Joan ANTÓN-MELLÓN Pedro ROTHESTEIN y Gemma ÁLVAREZ (2016), Populismo Punitivo: Discursos que acompañan normas y políticas, pp. 155-176 en La cárcel dispar (Josep GARCÍA-BORÉS e Iñaki RIVERA coords.), Barcelona: Edicions Bellaterra.

Brandon K. APPLEGATE, Frank T. CULLEN y Bonnie S. FISHER (2002), Public views toward crime and correctional policies. Is there a gender gap?, Journal of Criminal Justice, 30, 89-100.

Joseph O. BAKER y Alexis L. BOOTH (2016), Hell to pay: religion and punitive ideology among the American public, Punishment and Society, 18, 2, 151-176.

Ulrich BECK (1986), Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

David A. BELSLEY, Edwin KUH y Roy E. WELSCH (1980), Regression diagnostics. Identifying influential data and sources of collinearity, New York: John Wiley.

Jörg BLASIUS y Victor THEISEN (2012), Assessing the quality of survey data, Los Angeles, CA [etc.]: Sage.

Miguel A. CANO PAÑOS y María A. CALVO ALBA (2019), Percepción de la delincuencia, miedo al delito y actitudes punitivas en España. Resultados de una encuesta realizada a estudiantes del Grado en Derecho entre los años 2015 y 2018, InDret, 4, 1-42.

Gila CHEN y Tomer EINAT (2015), The relationship between criminology studies and punitive attitudes, European Journal of Criminology, 12, 2, 169-187.

Wing H.CHUI y Kevin K. CHENG (2015), A comparison of attitudes toward prisoners of religious and non-religious college students in Hong Kong, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 59, 10, 1066-1078.

[12] Una respuesta en SERRANO MAÍLLO (2011; 2016).

Joshua C. COCHRAN y Alex R. PIQUERO (2011), Exploring sources of punitiveness among German citizens, Crime and Delinquency, 57, 4, 544-571.

Kimberly J. COOK (1994), Punitiveness and public opinion on abortion and capital punishment in the United States, Ann Arbor, MI: UMI.

Jacob, COHEN (1988), Statistical power for the behavioural sciences, 2.ª ed., Hillsdale, NJ [etc.]: Lawrence Erlbaum.

Michael T. COSTELLOE, Ted CHIRICOS y Marc GERTZ (2009), Punitive attitudes toward criminals: Exploring the relevance of crime salience and economic insecurity, Punishment & Society, 11, 25-49.

Emile DURKHEIM (1912/2012), Las formas elementales de la vida religiosa. El sistema totémico en Australia (trad. J.H. Ruiz Rivas), Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Floyd J. FOWLER (1995), Improving survey questions. Design and evaluation, Thousand Oaks, CA [etc.]: Sage.

Brett GARLAND, Eric WODAHL y Lisa COTA (2016), Measuring public support for prisoner reentry options, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 60, 12, 1406-1424.

Karen GELB (2011), Sentencing matters. Predictors of punitiveness: community views in Victoria, Melbourne: Sentencing Advisory Group.

Lior GIDEON y Ayala SHERMAN-OREN (2014), The role of social distress, political affiliation, and education in measuring punitive attitudes: Israel as a case study, International Criminal Justice Review, 24, 2, 151-171.

Joseph M. HILBE (2009), Logistic regression models, Boca Raton, Ca. [etc.]: CRC Press.

Michael J. HOGAN, Ted CHIRICOS y Marc GERTZ (2005), Economic insecurity, blame, and punitive attitudes, Justice Quarterly, 22, 392-412.

Ronald INGLEHART (1997), Modernization and postmodernization. Cultural, economic, and political change in 43 societies, Princeton, NJ: Princeton University Press.

Shange JIANG, Deping XIANG, Qi CHEN ET AL. (2015), Public support of community corrections in China, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 59, 7, 772-789.

Devon JOHNSON (2001), Punitive attitudes on crime: Economic insecurity, racial prejudice, or both?, Sociological Focus, 34, 33-54.

Dominic KELLY (2014), Punish or reform? Predicting prison staff punitiveness, The Howard Journal, 53, 1, 49-68.

Anna KING y SHADD MARUNA (2009), Is a conservative just a liberal who has been mugged?: Exploring the origins of punitive views, Punishment & Society, 11, 147-169.

Helmut KURY y Theodor FERDINAND (1999), Public opinion and punitivity, International Journal of Law and Psychiatry, 22, 373-392.

Helmut KURY, Joachim OBERGFELL-FUCHS y Michael WÜRGER (2002a), Strafeinstellungen. Ein Vergleich zwischen Ost- und Westdeutschland, Freiburg i.Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

Helmut KURY, Joachim OBERGFELL-FUCHS y Ursula SMARTT (2002b), The evolution of public attitudes to punishment in Western and Eastern Europe, pp. 93-114 en Changing attitudes to punishment. Public opinion, crime and justice (Julian V. ROBERTS y Mike HOUGH eds.), Cullompton, Devon: Willan.

Eric G. LAMBERT, Sudershan PASUPULETI, Sjhanje JIANG ET AL. (2008), Views on the death penalty among college students in India, Punishment and Society, 10, 2, 207-218.

Tapio LAPPI-SEPPÄLÄ (2008), Confianza, bienestar y confianza política. Explicación de las diferencias en materia de política penal, pp. 335-372 en Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez (Alfonso SERRANO MAÍLLO y José Luis GUZMÁN D'ÁLBORA eds.), Madrid: Dykinson.

Peter S. LEHMAN Y Justin T. PICKETT (2017), Experience versus expectation: Economic insecurity, the great recession, and support for the death penalty, Justice Quarterly, 34, 873-902.

Carmen M. LEÓN, Eva AIZPURÚA y David VÁZQUEZ (2018), ¿Cómo influye el tamaño del campo de texto en las respuestas a preguntas abiertas? Evidencias de un diseño experimental, REMA, 23, 2, 1-18.

Tim F. LIAO (1994), Interpreting probability models. Logit, probit, and other generalized linear models, Newbury Park, CA: Sage.

John S., LONG (1997), Regression models for categorical and limited dependent variables, Thousand Oaks, Ca. [etc.]: Sage.

Joshua MEYROWITZ (1985), No sense of place. The impact of electronic media on social behaviour, New York y Oxford: Oxford University Press.

Ann A. O'CONNELL (2006), Logistic regression models for ordinal response variables, Thousand Oaks, Ca. [etc.]: Sage.

Donald RUBIN (1987), Multiple imputation for nonresponse in surveys, New York [etc.]: Wiley and sons.

Willem E. SARIS y Irmtraud N. GALLHOFER (2014), Design, evaluation, and analysis of questionnaires for survey research, 2.ª ed., Hoboken, NJ: Wiley.

Alfonso SERRANO MAÍLLO (2008), El problema de los datos perdidos y su tratamiento en los análisis cuantitativos en ciencias sociales. La imputación múltiple, pp. 157-169 en Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas.

Nuevos estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez (Alfonso SERRANO MAÍLLO y José Luis GUZMÁN DÁLBORA eds.), Madrid: Dykinson.

Alfonso SERRANO MAÍLLO (2011), Acerca de la medición de la firmeza frente al delito mediante preguntas únicas. Un análisis de clases latentes, Revista de Derecho penal y Criminología, 6, 295-360.

Alfonso SERRANO MAÍLLO (2013), Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista. Un test de la teoría de los sentimientos de inseguridad, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 15, 1-36.

Alfonso SERRANO MAÍLLO (2016), Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva, Madrid: Dykinson.

Alfonso SERRANO MAÍLLO y Helmut KURY (2008), Insecurity feelings and punitivity: relationship in a national sample of adolescents and young adults in Spain, pp. 321-348 en Fear of crime. Punitivity. New developments in theory and research (Helmut KURY ed.), Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer.

Alexa J. SINGER, Cecilia CHOUNHY, Peter S. LEHMAN, Jessica N. STEVENS y Marc GERTZ (2019), Economic anxieties, fear of crime, and punitive attitudes in Latin America. Punishment & Society, publicado en línea.

Paul E. SPECTOR (1992), Summated rating scale construction. An introduction, Newbury Park, CA: Sage.

Edwin H., SUTHERLAND (1947), Principles of Criminology, 4.ª ed., Chicago [etc.]: J.B. Lippincott.

James D. UNNEVER y Frank T. CULLEN (2007), Reassessing the racial divide in support for capital punishment: the continuing significance of race, Journal of Research in Crime and Delinquency, 44, 1, 124-158.

James D. UNNEVER y Frank T. CULLEN (2012), White perceptions of whether African Americans and Hispanics are prone to violence and support for the death penalty, Journal of Research in Crime and Delinquency, 49, 4, 519-544.

Daniel VARONA GÓMEZ (2009), ¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España, InDret, 1/2009, 1-31.

Daniel VARONA GÓMEZ (2013), Percepción y elección del castigo en España: resultados a partir de la Encuesta Social Europea (5.ª ed), Cuadernos de Política criminal, 111, 145-193.

Daniel VARONA GÓMEZ (2016), El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático, Madrid: Marcial Pons.

Apéndice 1. Medidas

A. Firmeza frente a los delincuentes multirreincidentes

P.30 Entre las siguientes opciones, ¿cuál cree Ud. que habría que aplicar en el caso de los/as delincuentes multirreincidentes, es decir, los/as que cometen delitos varias veces? ***(LEER RESPUESTAS).***

- Deberían cumplir su sentencia como cualquier otro/a

delincuente, esperando su rehabilitación 1

- Deberían cumplir su sentencia íntegramente, sin disfrutar de beneficios penitenciarios, como medida de protección de la sociedad 2

- ***(NO LEER)*** Otra respuesta 3

- N.S. 8

- N.C. 9

B. Inseguridad

P.1 Para empezar, refiriéndonos a la situación económica general de España, ¿cómo la calificaría Ud.: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?

- Muy buena 1

- Buena 2

- Regular 3

- Mala.....4

- Muy mala 5

- N.S. 8

- N.C. 9

P.2 ¿Cree Ud. que la situación económica actual de España es mejor, igual o peor que hace un año?

- Mejor 1

- Igual 2

- Peor 3

- N.S. 8

- N.C. 9

P.3 ¿Cree Ud. que dentro de un año la situación económica de España será mejor, igual o peor que ahora?

- Mejor 1

- Igual 2

- Peor 3

- N.S. 8

- N.C. 9

P.4 ¿Cómo calificaría Ud. su situación económica personal en la actualidad: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?

- Muy buena 1

- Buena 2

- Regular 3

- Mala 4

- Muy mala 5

- N.S. 8

- N.C. 9

P.5 ¿Cree Ud. que dentro de un año su situación económica personal será mejor, igual o peor que ahora?

- Mejor 1

- Igual 2

- Peor 3

- N.S. 8

- N.C. 9

C. Variables de control, sociodemográficas y agregada

P.34 Cuando se habla de política se utilizan normalmente las expresiones izquierda y derecha. En esta tarjeta hay una serie de casillas que van de izquierda a derecha. ¿En qué casilla se colocaría Ud.? ***(MOSTRAR TARJETA ESCALA). (PEDIR A LA PERSONA ENTREVISTADA QUE INDIQUE LA CASILLA EN LA QUE SE COLOCARÍA Y REDONDEAR EL NÚMERO CORRESPONDIENTE).***

P.42 ¿Ha ido Ud. a la escuela o cursado algún tipo de estudios? ***(ENTREVISTADOR/A: en caso negativo, preguntar si sabe leer y escribir).***

- No, es analfabeto/a ..... 1 ***PASAR A P.43***

- No, pero sabe leer y escribir ... 2

(144)

- Sí, ha ido a la escuela 3

- N.C. ..... 9 ***PASAR A P.43***

P.42a ¿Cuáles son los estudios de más alto nivel oficial que Ud. Ha cursado (con independencia de que los haya terminado o no)? Por favor, especifique lo más posible, diciéndome el curso en que estaba cuando los terminó (o los interrumpió) y también el nombre que tenían entonces esos estudios (ej: 3 años de estudios primarios, primaria, 5º de bachillerato, Maestría Industrial, preuniversitario, 4º de EGB, licenciatura, doctorado, FP1, etc.). ***(ENTREVISTADOR/A: si aún está estudiando, anotar el último curso que haya completado. Si no ha completado la primaria, anotar nº de años que asistió a la escuela).***

CURSO _____

NOMBRE (de los estudios) _____

NIVEL ***(Codificar según T. ESTUDIOS)*** _____

P.19 ¿Ha sido Ud. víctima de algún delito durante los últimos diez años?

- Sí 1

- No 2

- N.C. 9

P.20 ¿Cómo considera Ud. que funciona actualmente la Administración de Justicia en España: muy bien, bien, mal o muy mal?

- Muy bien 1

- Bien 2

- ***(NO LEER)*** Regular 3

- Mal 4

- Muy mal 5

- N.S. 8

- N.C. 9

P.21 Y en comparación con hace unos años (cuatro o cinco), ¿diría Ud. que el funcionamiento de los tribunales de Justicia es ahora mejor, igual o peor que entonces?

- Mejor 1

- Igual 2

- Peor 3

- N.S. 8

- N.C. 9

P.22 ¿Cree Ud. que en España el/la juez/a inspira a la gente mucha, bastante, poca o ninguna confianza?

- Mucha confianza 1

- Bastante confianza 2

- Poca confianza 3

- Ninguna confianza 4

- N.S. 8

- N.C. 9

P.44 ¿Cuál es su estado civil?

- Casado/a..... 1

- Soltero/a..... 2

- Viudo/a..... 3

- Separado/a..... 4

- Divorciado/a..... 5

- N.C. 9

P.50 Actualmente, entre todos/as los/as miembros del hogar (incluida la persona entrevistada) y por todos los conceptos, ¿de cuántos ingresos disponen por término medio en su hogar al mes, después de la deducción de impuestos (o sea, ingresos netos)? No le pido que me indique la cantidad exacta, sino que me señale en esta tarjeta en qué tramo de la escala están comprendidos los ingresos de su hogar. ***(MOSTRAR TARJETA INGRESOS).***

- No tiene/n ingresos de ningún tipo 01

- Menos o igual a 300 € 02

- De 301 a 600 € 03

- De 601 a 900 € 04

- De 901 a 1.200 € 05

- De 1.201 a 1.800 € 06

- De 1.801 a 2.400 € 07

- De 2.401 a 3.000 € 08

- De 3.001 a 4.500 € 09

- De 4.501 a 6.000 € 10

- Más de 6.000 € 11

- N.S. 98

- N.C. 99

P.40 Sexo:

- Hombre 1

- Mujer 2

P.41 ¿Cuántos años cumplió Ud. en su último cumpleaños?

_____

N.C. 99

P.43 ¿Cómo se define Ud. en materia religiosa: católico/a practicante, católico/a no practicante, creyente de otra religión, agnóstico/a, indiferente o no creyente, o ateo/a?

- Católico/a practicante..... 1

- Católico/a no practicante 2

- Creyente de otra religión 3

- Agnóstico/a 4

- Indiferente, no creyente 5

- Ateo/a 6

- N.C. 9

[procede de P.43] P.43a ¿Con qué frecuencia asiste Ud. a misa u otros oficios religiosos, sin contar las ocasiones relacionadas con ceremonias de tipo social, por ejemplo, bodas, comuniones o funerales?

- Nunca 1

- Casi nunca 2

- Varias veces al año 3

- Dos o tres veces al mes 4

- Todos los domingos y festivos 5

- Varias veces a la semana 6

- N.C. 9

Finalmente, una última variable: Tamaño de la población en que reside el encuestado. Cuenta con 7 posibles escalones, de 2000 habitantes o menos (=1) a más de un millón (=7). No forma parte del cuestionario, sino que es codificada por el Centro de Investigaciones Sociológicas.

InDret
2.2020

Manuel Gómez Tomillo
Universidad de Valladolid
-

Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH.

Sumario

-

El trabajo analiza la llamada vertiente procedimental del principio non bis in idem. En él se tratan específicamente los casos de sucesión de procedimientos sancionatorios nacionales, penales y administrativos, singularmente cuando concurra la clásica triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sistemáticamente se diferencian diversas hipótesis, en función del orden que se haya seguido, de su resultado, y de la existencia o no de intervención jurisdiccional en los casos de previa sanción administrativa. A tal fin se utiliza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De la evolución que ha experimentado ésta, especialmente a raíz del caso A and B v Noruega, se deduce una flexibilización de la inicial rigidez, la cual es valorada positivamente.

Abstract

-

The paper analyzes the non bis in idem principle, the prohibition of double prosecution. It deals specifically with the cases of national succession of sanctioning, criminal and administrative procedures, especially when the classic triple identity of subject, fact and interests concurs. Several hypotheses are systematically differentiated, depending on the order that has been followed, their outcome, and the existence or not of jurisdictional procedure in cases of prior administrative sanction. The jurisprudence of the European Court of Human Rights is used for this purpose. From the evolution that this has experienced, especially as a result of the A and B v Norway case, a flexibilization of the initial rigidity is deduced, which is positively valued.

Title: *Non bis in idem: dual criminal and administrative procedures. The jurisprudence of the ECHR on the ne bis in idem principle*

-

Palabras clave: Non bis in idem procedimental; non bis in idem material, concepto material de sanción; derecho a un proceso con todas las garantías.
Keywords: *Prohibition of double prosecution; prohibition of double punishment; material sanction concept; due process.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.14

-

InDret

2.2020

Recepción
28/10/2019
-
Aceptación
18/12/2019
-

Índice

-

1. Introducción. La cuestión del fundamento material.

2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

2.1. Consideración de las sanciones administrativas como materialmente penales.

2.2. Los primeros posicionamientos.

2.3. Toma de posición ¿definitiva?: El caso A and B v. Noruega.

2.4. Conclusiones.

3. Supuestos de procedimiento administrativo sancionador previo al penal (con identidad de sujeto, hecho y fundamento).

3.1. Planteamiento: referencia a la técnica del descuento.

3.2. Examen en particular del caso de previa absolución administrativa por falta de pruebas, por la inexistencia de elemento subjetivo, por la apreciación de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, sin intervención de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

3.3. Examen en particular del caso de absolución por falta de pruebas, por la inexistencia de elemento subjetivo, o por la apreciación de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, con intervención de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

3.4. Absolución administrativa por prescripción o por defecto procedimental.

4. Supuestos de procedimiento administrativo sancionador posterior al penal (con identidad de sujeto, hecho y fundamento).

4.1. Casos de previo procedimiento penal condenatorio y posterior administrativo.

4.2. Casos de previo procedimiento penal absolutorio y posterior administrativo. Los supuestos particulares de infracciones administrativas y delitos diferenciados por el elemento subjetivo y los de ejercicio del principio de oportunidad penal.

5. Conclusiones finales.

6. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

-

1. Introducción. La cuestión del fundamento material.*

Es común afirmar que el principio non bis in idem[1] presenta dos vertientes: la formal o procedimental y la material[2]. Frente a la hipertrofia de estudios y decisiones jurisprudenciales centrados en la segunda de ellas, son menos las sentencias y trabajos que se ocupan de la primera[3] que es la que nos interesa aquí. En virtud de ella no es posible la existencia de dos procedimientos punitivos simultáneos o sucesivos contra el mismo sujeto, por los mismos hechos, cuando las normas sancionatorias tengan igual fundamento[4]. Es indiferente que los dos procedimientos sean penales, administrativos[5], o penal y administrativo, si bien nos ceñiremos a estos últimos casos.

---

* Autor de contacto: *Manuel Gómez Tomillo, gtomillo@der.uva.es*.

[1] Sobre cuestiones terminológicas, véase J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El principio non bis in idem*, 2004, p.14 y ss., quien se inclina por la expresión *non bis in idem*, frente a la también habitual *ne bis in idem*. Entiende, por el contrario, que es más precisa la expresión *ne bis in idem*: W.B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden, 2009, n. 91. En lo que al origen histórico, por todos, véase la magnífica obra de J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 1998, especialmente p. 31 y ss. y 205 y ss.

[2] Crítica con la idea de «vertiente» se manifiesta L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008, especialmente, p. 104 y ss. Habla de «manifestación» del principio, más que de «vertiente», T. CANO CAMPO, «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *RAP* 156 (2001), p. 199.

[3] Ya lo ponía de relieve L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008, p. 23. La situación contrasta con lo que es habitual en los países de nuestro entorno jurídico y cultural; al respecto, vid., por todos, W.B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden, 2009, p. 35, hasta el punto que, afirma, la regla procedimental proporciona mayor protección que la material (id., p. 34 y p. 37) y ha de considerarse el verdadero principio ne bis in idem (id. p. 55).

[4] La triple identidad aparece también en la jurisprudencia europea; véase, por ejemplo, SSTJUE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00), § 338; 14 de febrero 2012, Toshiba C-17-10, § 97.

No lesiona derecho fundamental alguno el que se hayan seguido dos procedimientos uno administrativo no sancionador y uno jurisdiccional penal, aunque las conclusiones a las que lleguen uno y otro sean incompatibles entre sí. Por ejemplo, un procedimiento de supervisión o inspección que acabe en archivo por no detectarse irregularidad alguna y un posterior procedimiento penal condenatorio. Un examen detallado de la cuestión desborda el marco de este trabajo. Baste indicar que, por ejemplo, la actividad de supervisión e inspección admite la colaboración privada, la de sanción no; la primera puede acabar o no en un procedimiento administrativo sancionatorio; por más que ello constituya una de las consecuencias más habituales en caso de detección de situaciones antijurídicas, caben otras posibilidades, como la imposición de multas coercitivas (cuyo carácter punitivo normalmente se excluye), el recurso a la potestad anulatoria, revocatoria, etc. (por todos, véase M. REBOLLO PUIG, «La actuación inspectora», en J.J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *Función inspectora*, INAP y Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2013).

[5] Donde también las posibilidades son múltiples. Así, llama nuestra atención los casos de infracción administrativa continuada o permanente en el que el sujeto no cesa en su conducta tras la imposición de una primera sanción administrativa. Sobre la situación véase M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017*,* Cap. 7.2, donde estimamos compatible con el principio que nos ocupa un nuevo procedimiento y sanción; en la jurisprudencia del TEDH parece seguirse un criterio diverso; así, véase el voto particular del magistrado Pinto de Albuquerque en el caso STEDH A and B v. Norway, 15 de noviembre de 2016, párrafo 34. En general, véase, por ejemplo, J.I. CUBERO MARCOS, «Las aporías del principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador», *RAP*, 207, 2018, p. 284 y ss.

Desde un punto de vista positivo, su reconocimiento es amplísimo. Cabe citar, entre otros, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[6]; el artículo 8.4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos[7]; el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH (B.O.E. de 15 de octubre de 2009)[8], o el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[9]. A nivel español, es sabido que aun cuando la Constitución no lo recoge expresamente, se viene aceptando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como inequívocamente consagrado en nuestra Ley Fundamental, con independencia de que pueda ser discutido su concreto anclaje[10].

---

[6] «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país»

[7] «El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos». Afirma la CIDH: «Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo "*delito*"), la Convención Americana utiliza la expresión "*los mismos hechos*", que es un término más amplio en beneficio de la víctima» (caso Layza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), párrafo 66. Sobre la aplicación de las garantías del artículo 8 de la Convención Americana al Derecho administrativo sancionador, véase, por todos, el caso Baena Ricardo y otros v. Panamá 2 de febrero de 2001, fondo, reparaciones y costas.

[8] «Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado». En palabras de la STEDH; asunto Zolotoukhine, de 10 de febrero de 2009, § 110: «El Tribunal subraya que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 contiene tres garantías distintas y dispone que nadie i. puede ser perseguido, ii. juzgado o iii. castigado dos veces por los mismos hechos (Nikitine, anteriormente citado, ap. 36)», hasta el punto que si el segundo procedimiento acaba en absolución, no por ello deja de haber violación de la garantía: «El Tribunal subraya que poco importa qué partes de estas nuevas acusaciones son finalmente estimadas o rechazadas en el procedimiento ulterior, puesto que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 enuncia una garantía contra un nuevo enjuiciamiento o el riesgo de un nuevo enjuiciamiento y no la prohibición de una segunda condena o una segunda absolución (apartado 110 *supra*») (Zolotoukhine, § 83). Véase, asimismo, por ejemplo, STEDH Franz Fischer contra Austria núm. 37950/1997, 29 mayo 2001, § 29.

[9] «Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

[10] Sobre la cuestión puede verse, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1985, p. 243-248; J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, «Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in ídem en la jurisprudencia», PJ 11, p. 113-133; J.J. QUERALT JIMÉNEZ, «"Ne bis in ídem": significados constitucionales», *Política criminal y reforma penal,* 1993. En general, puede decirse que la doctrina constitucional lo vincula al derecho a un proceso con todas las garantías. Así, en la STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 3 b) inicialmente, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, «…sólo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (STC 159/1987, de 26 de octubre; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores - administrativo y penal- que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional <u>en el marco de este derecho</u> (STC 98/1989, de 1 de junio; AATC 600/1987, de 20 de mayo; 413/1990, de 26 de noviembre». Sin embargo, posteriormente, en el FJ 8 de la misma sentencia, se admite que: «…tanto el art. 14.7 PIDCP, como el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción -administrativa o penal-, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado -absolución o sanción- del mismo. Esta prohibición dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador - administrativo o penal-, <u>constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías</u> (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución (art. 25.1 CE). Poderosas razones ancladas en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en el valor libertad (art. 1.1 CE) fundamentan dicha extensión de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem» (subrayado nuestro). Al respecto, nos remitimos a L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008, p. 21 y ss., con reflejo de posiciones críticas en cuanto a la jurisprudencia constitucional (nota 3) que juzgamos excesivamente pegadas a la letra del texto constitucional.

No podemos abordar una relación detallada de duplicidades sancionatorias en las normas de nuestro sistema positivo. Los ejemplos son numerosísimos. Basta una lectura de los tipos sancionatorios de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, del Estatuto del Empleado Público o de las leyes urbanísticas o medioambientales, entre otras muchas, para constatar que no se trata de una posibilidad sólo teórica[11]. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha incrementado de forma exponencial dichas posibilidades, toda vez que hasta tal momento las sanciones a entidades supraindividuales constituían un acotado administrativo que se ha limitado enormemente.

La prohibición de bis in idem procedimental entendemos tiene un triple fundamento material que abordamos instrumentalmente por la importancia que tiene en la delimitación del alcance del principio que nos ocupa[12]. Desde nuestro punto de vista, en la prohibición subyace una pluralidad de razones. Por una parte, se trata de impedir que entre dos órganos del Estado haya resoluciones contradictorias; por ejemplo, que la Administración afirme que los hechos se produjeron y que la jurisdicción penal diga que los hechos no se produjeron[13]. O que la Administración diga que los llevó a cabo fulano, y la jurisdicción penal sostenga que fue mengano. Por otra parte, se busca impedir la imposición de dos sanciones por los mismos hechos[14], esto es, se encuentra preordenado a garantizar el principio non bis in idem material.

---

[11] Véase algunos significativos ejemplos en C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Aturem el Parlament y voces discrepantes A la vez, algunas incoherencias y excesos en recientes propuestas político-criminales sobre delitos de expresión», en prensa, quien se refiere a muy cuestionables normas sancionadoras administrativas injustificadamente restrictivas de la libertad de expresión o al art. art. 36.2 de la LOSC, que contempla como infracción grave (y por tanto susceptible, a tenor del art. 39, de sanciones entre 601 y 30.000 euros, graduables en tres tramos) la «perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, *aunque no estuvieran reunidas,* cuando no constituya infracción penal».

[12] Véase, por todos, L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008*,* p. 24 y ss. Denuncia la inexistencia de una nítida posición en el TEDH sobre la cuestión W.B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden, 2009, p. 139; vésase su propio criterio en p. 29 y 30.

[13] Así, por ejemplo, subraya tal fundamento L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008*,* p. 112, aunque no con carácter exclusivo.

[14] Sostiene BENLLOCH PETIT que es «un medio para evitar el riesgo de efectiva lesión del principio non bis in idem en su vertiente material prohibición de doble sanción», «un principio accesorio o coadyuvante del auténticamente importante: el non bis in idem material» (G. BENLLOCH PETIT, «El principio *non bis in idem* en las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario»*, Poder Judicial*, 51, 1998, p. 307 y 331); parece ser ése el criterio que adopta M. J. ALONSO MAS, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, 2005, p. 53 y ss. Desde nuestra perspectiva, tal criterio es excesivamente reduccionista. En la jurisprudencia puede verse por ejemplo, la STS (Sala 4ª) sentencia de 15 de diciembre de 2015 (Rec. 34/2015) en la que, por lo que aquí interesa, se dice (Fundamento de Derecho 2): «El principio de supremacía del orden penal (art. 133 Ley 30/1992; art. 3.1 LISOS) se basa en la imposibilidad de imponer una doble sanción por los mismos hechos. Pero esa articulación procedimental del *non bis in idem* no solo se orienta a impedir el resultado de la doble incriminación y castigo a un mismo sujeto por unos mismos hechos; también se pretende evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio como consecuencia de la sustanciación simultánea o sucesiva de dos procedimientos -penal y administrativo- atribuidos a autoridades de diferente orden. Precisamente para evitar que se dicten resoluciones (judiciales y administrativas) contradictorias, los órganos jurisdiccionales penales tienen atribuido con carácter prioritario el enjuiciamiento de los hechos que *prima facie* se muestren delictivos. Esta atribución preferente descansa en la competencia exclusiva de este orden jurisdiccional en cuanto a la imposición de sanciones por conductas constitutivas de delito "y no en un abstracto criterio de

En tercer lugar, se fundamenta en razones de seguridad jurídica; se trata de impedir tanto la posibilidad de un continuo sobresalto derivado de un indefinido enjuiciamiento del Estado, como una prolongada pena de banquillo[15]. Seguramente esta última perspectiva amerite un análisis más detallado.

Entendemos que el doble enjuiciamiento, per se, no lesiona derecho fundamental alguno: el ciudadano, haya cometido o no un ilícito, tiene el deber de someterse a los correspondientes procedimientos sancionadores (como veremos en la jurisprudencia del TEDH no parece haber una prohibición general inmatizada). Formulado en otros términos, no puede primar la subjetiva comodidad del administrado sobre las objetivas necesidades punitivas del Estado, si bien deben reducirse al máximo las cargas al ciudadano derivadas de la duplicidad[16]. Obviamente ello no significa un irrestricto deber de someterse a un permanente y reiterado enjuiciamiento público, cuyas posibilidades, sin duda, deben ser estrictamente acotadas[17]. En concreto, creemos que son, al menos, tres los límites que resultan inequívocos, los cuales guardan relación, precisamente, con la necesidad de preservar la seguridad jurídica.

A) No son tolerables dos o más procedimientos penales, simultáneos o sucesivos, por los mismos hechos, contra el mismo sujeto y con el mismo fundamento[18]. Dicha prohibición no alcanza a los casos en los que el primer procedimiento penal haya sido anulado [19]

---

prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el Texto Constitucional (STC 177/1999)».

[15] Su fundamento radicaría en «la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), impone límites a la reapertura de cualesquiera procedimientos sancionadores -administrativo o penal- por los mismos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de pendencia jurídica, que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica (por todas STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 3)» (STC 2/2003, FJ 8). Véase F.J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 1998, p. 400 y 446; subraya la perspectiva del texto T. CANO CAMPOS, *RAP* 156, 2001, especialmente p. 222 y 223.

[16] En palabras de la STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci, § 53: «Por lo que respecta, por una parte, a la acumulación de procedimientos de carácter penal que, como se desprende de los datos que figuran en autos, se tramitan de manera independiente, la exigencia recordada en el apartado anterior implica la existencia de normas que garanticen una coordinación destinada a reducir a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación supone para las personas afectadas». Sobre la citada sentencia, véase, por ejemplo, V. ALBERTO GARCÍA MORENO, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la posibilidad de sancionar dos veces. Recientes aportaciones sobre el contenido del principio non bis in ídem. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15 — Luca Menci», *Diario la Ley* 9198, 16 de mayo de 2018.

[17] Habla de la necesidad de ponderar los intereses en juego, frente al carácter absoluto de la doble sanción material T. CANO CAMPO, *RAP* 156, 2001, p. 200-201.

[18] Cuando de dos pronunciamientos penales se trata, se ha ubicado en el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en la STC 60/2008 de 26 de mayo, FJ 9, se condensa la idea: «Respecto del último motivo articulado en la demanda, vulneración del principio non bis in idem en su dimensión procesal, conviene recordar que este Tribunal ha ubicado en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la garantía consistente en la interdicción de un proceso penal con el mismo objeto. Así, en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b), declaramos (citando, a su vez, la STC 159/1987, de 26 de octubre) la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que "en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría sin duda la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme. Tal garantía tiene como fundamento las razones que el legislador español avanzaba en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión 'contra reo': evitar las 'vejaciones' que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de 'ciudadano de un pueblo libre'". Esta proscripción de un ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento,

B) No son tolerables dos o más procedimientos administrativos, simultáneos o sucesivos, por los mismos hechos, contra el mismo sujeto y con el mismo fundamento[20]. Dicha prohibición no alcanza a los casos en los que el primer procedimiento administrativo haya sido anulado[21].

C) No son tolerables ulteriores procedimientos penal o administrativo por los mismos hechos, contra el mismo sujeto y con el mismo fundamento, cuando haya habido ya uno penal y otro administrativo, independientemente del orden en el que hayan cursado.

---

en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido de los convenios internacionales sobre derechos humanos existentes, entre éstos el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 14.7) y el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (art. 4), que como ya hemos dicho ha sido firmado pero no ratificado por España. En definitiva, en el marco del Estado constitucional de Derecho, tal como se sugiere en la demanda, ningún poder público es ilimitado, por lo que "la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano ha de sujetarse a estrictos límites" (FJ 8 de la citada STC 2/2003). Además, es evidente que "a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del Ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24.1 CE)" (STC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5)».

Resulta interesante aquí la cita de la reciente decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Gamble v. United States (587 U. S. (2019), en la que se mantiene el criterio tradicional en ese país, en virtud del cual no hay *bis in idem*, y por consiguiente, vulneración de la Quinta Enmienda, cuando las penas proceden de un Estado y del Estado federal. Muy en síntesis, defiende tal resolución que la prohibición constitucional es la de sancionar dos veces por el mismo delito (*offence*) y en este caso no hay dos *offences*, dado que cada una de ella es creada por dos entidades soberanas diversas.

[19] En la STC 23/2008 de 11 de febrero, FJ 3, se dice: «…la prohibición de incurrir en bis in idem procesal o doble enjuiciamiento penal queda encuadrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada y que, por tanto, en rigor, no cabe entender concurrente un doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, ó 218/2007, de 8 de octubre, FJ 4)» (subrayado nuestro).

[20] Véase STC 188/2005 de 4 de julio, FJ 2: «…en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente».

No podemos entrar en el análisis de la problemática específica que plantea el artículo 31.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a la concurrencia de sanciones: «Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

[21] Sobre esta última específica problemática, véase, por ejemplo, A. M. CAYÓN GALLARDO, «La vertiente procesal del principio ne bis in ídem: la posibilidad de dictar un segundo acuerdo sancionador cuando el primero ha sido anulado (Parte II)», *Revista Técnica Tributaria* 112, 2016, especialmente p. 28 y ss.

De lo expresado ya se deduce que sí que entendemos que puede ser tolerable la acumulación de dos procedimientos, uno penal y uno administrativo, cuando concurra la triple identidad que venimos reiterando. Sin embargo, esa posibilidad de doble enjuiciamiento tiene, a su vez, que ser sometida a estrictos límites que examinaremos en este trabajo, especialmente a la luz de la jurisprudencia de los tribunales europeos[22], y que reducen las posibilidades a supuestos muy concretos[23].

Merecerían una consideración diferenciada los casos en los que los sujetos son distintos[24], los hechos son diferentes[25] (así como las hipótesis de solapamiento parcial de hechos[26]), o el fundamento de las infracciones no es coincidente, pero dejamos su análisis para otra ocasión. En general, parece claro que si cambian tales sujetos, hechos o fundamento, deja de existir un bis in idem, lo que pone de relieve la íntima conexión entre la perspectiva procedimental y la material.

---

[22] Nos centraremos especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con algunas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cuanto a esta última en la materia, puede verse, por todos, el trabajo de M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA, «Duplicidad de sanciones administrativas y penales en la Unión Europea y en España. Comparación de la jurisprudencia europea y española desde la perspectiva del principio "ne bis in ídem"», en J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, N. J. DE LA MATA BARRANCO; I. BLANCO CORDERO (coords.), *Adaptación del Derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, 2019; A. L. CALVO CARAVACA, «El principio ne bis in idem en el Derecho europeo de la competencia. A propósito de la STJUE 14 de febrero 2012, Toshiba C-17-10)», *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, 2017; M. PÉREZ MANZANO, «La prohibición de incurrir en bis in ídem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)», en M. PÉREZ MANZANO; J.A. LASCURAÍN (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 176 y ss.

[23] Estaría de acuerdo, con los matices que expondremos, con la idea de que el *non bis in idem* procesal no impedirá un segundo enjuiciamiento que afecte a aspectos no decididos en el primero (L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008, p. 185) y que, como veremos, pueden ser fácticos o jurídicos.

[24] El caso más importante, seguramente sea cuando uno es una persona física y el otro jurídica; sobre el particular, véase M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Cap. 7.4 y 7.5). En tal supuesto, no es necesario suspender el procedimiento administrativo seguido contra uno a la espera de lo que se decida en el seno de la jurisdicción penal con respecto a otro. Por consiguiente, es perfectamente viable la posibilidad de contradicciones entre unas resoluciones y otras. La cuestión es más problemática cuando el procedimiento administrativo es objeto de recurso contencioso, de forma que puede darse el caso de la existencia un pronunciamiento jurisdiccional, previo al penal, el cual, hace entrar en juego el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales. Evidentemente se trata de una materia que trasciende el ámbito propio de este estudio, toda vez que en tales supuestos no hay propiamente un *bis in idem* y que requeriría de una solución legislativa que permitiese suspender el procedimiento administrativo cuando quepa la posibilidad de interferencias con uno penal. Evidentemente, tal solución legislativa, sería insuficiente cuando, pese a la propugnada previsión legal, de facto no se suspendiese el procedimiento administrativo y se llegase a la descrita situación de incompatibilidad de pronunciamientos dictados por jurisdicciones distintas.

[25] Particular dificultad presenta la determinación de cuándo los hechos son iguales. Al respecto, destaca PÉREZ MANZANO cómo las posibilidades son, al menos, dos. Cabe una concepción naturalista, conforme a la cual se han de individualizar a partir del espacio y tiempo en que acaecieron, considerando sus rasgos naturales. Cabe, asimismo, una concepción normativa que tiene en cuenta su realidad jurídica, la acotación que la ley, así como el desvalor asignado por el legislador («La prohibición de incurrir en bis in ídem en España y en Europa», en M. PÉREZ MANZANO; J.A. LASCURAÍN (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 159). La misma autora destaca cómo mientras el Tribunal Constitucional ha utilizado un concepto normativo, los tribunales europeos se han decantado por uno naturalista (por ejemplo, en caso de concurso ideal habría identidad), de donde deriva que el estándar europeo es más garantista (id., p. 192; yo diría que más exigente). Seguramente en este contexto es en el que se deba analizar los casos en los que la diferencia entre la infracción administrativa y la penal radique en el elemento subjetivo.

[26] Seguramente la situación esté presente en los casos en los que el Derecho administrativo sancionador sanciona una infracción de peligro abstracto y el Derecho penal establece un delito de lesión, o a la inversa. Véase, no obstante, infra, cómo se han tratado estos casos en la jurisprudencia europea con la doctrina de los elementos esenciales.

2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

2.1. Consideración de las sanciones administrativas como materialmente penales.

Estimamos que en el campo que nos ocupa resulta central la posición del TEDH, la cual no ha merecido hasta la fecha en las construcciones doctrinales españolas la atención que entendemos amerita.

Como punto de partida, es conocido que el TEDH viene entendiendo en su interpretación del artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH que las sanciones administrativas deben ser generalmente asumidas como «materialmente» penales[27], lo que, en nuestro caso, parece que arrastra al procedimiento para hacerlas efectivas. De esa forma, ha ampliado el ámbito de aplicación del citado artículo 4 del Protocolo 7 tanto a supuestos de sucesión de procedimientos administrativos y penales, como a supuestos de sucesión de procedimientos penales y administrativos[28].

[27] La cuestión desborda ahora el marco de nuestras posibilidades de análisis en este trabajo. Es conocido, muy en síntesis, cómo en la STEDH de 8 de junio de 1976, caso Engel, especialmente § 82, referido a un asunto de carácter disciplinario ya estableció la autonomía del concepto de «materia penal» que aparece entre las garantías del artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos de 1950. No es suficiente con que un Estado califique una determinada materia como disciplinaria para excluir la aplicación de dichas garantías; de esa forma se evita que mediante la simple decisión de etiquetar de una determinada forma afecte a dichas garantías. Precisamente con cita de la anterior resolución, y singularmente a raíz del caso Oztürk de 21 de febrero de 1984, se insiste en tres criterios que se repiten con posterioridad para decidir si hay o no tal «materia penal» desde la perspectiva del convenio: «50. Having thus reaffirmed the "autonomy" of the notion of "criminal" as conceived of under Article 6 (art. 6), what the Court must determine is whether or not the "regulatory offence" committed by the applicant was a "criminal" one within the meaning of that Article (art. 6). For this purpose, the Court will rely on the criteria adopted in the above-mentioned Engel and others judgment (ibid., p. 34-35, § 82). The first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6 (art. 6), to the ordinary meaning of the terms of that Article (art. 6) and to the laws of the Contracting States». Dichos criterios se han repetido posteriormente en otros asuntos, en los que se subraya que los dos últimos criterios son alternativos y no necesariamente cumulativos, entre otros muchos; casos Jussila v. Finland, de 23 de noviembre de 2006, párrafos 30 y 31 («This does not exclude a cumulative approach where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a criminal charge (see *Ezeh and Connors*, cited above, § 86, citing, *inter alia*, *Bendenoun*, cited above, § 47; Menarini Diagnostics s.r.l.c. Italia, 27 de septiembre de 2011»); Flisar v. Eslovenia, sentencia de 29 de septiembre 2011. Lo que parece permitir atribuir carácter penal si la sanción es grave, pero no negarlo por sí sólo si no lo es, por lo que la prohibición de doble enjuiciamiento se extenderá a prácticamente cualquier sanción administrativa.

Tales criterios han sido asumidos por el TJUE. Así, véase, por ejemplo, las sentencias de 5 de junio de 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, apartado 37; de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartado 35; de 20 de marzo de 2018, Luca Menci, Asunto C-524/15, párrafo 26.

[28] Asuntos Zolotoukhine c. Rusia STEDH Sentencia de la Gran Sala de 10 de febrero de 2009; Tomasovic c. Croacia, STEDH de 18 de octubre de 2011; Tsonyo Tsonev c. Bulgaria (nº 2), STEDH de 14 de enero de 2010; Ruotsalainen c. Finlandia, STEDH de 16 de junio de 2009).

2.2. Los primeros posicionamientos.

Sobre la base expresada, el TEDH ha ido resolviendo asuntos de doble enjuiciamiento (y consiguiente doble sanción, penal y administrativa) utilizando enfoques oscilantes[29]. Entre ellos se pueda destacar el de los «elementos esenciales», seguramente desde la Sentencia Franz Fischer contra Austria (núm. 37950/1997, 29 mayo 2001). En virtud de éste, sería incompatible con el artículo 4 del Protocolo núm. 7 sancionar dos veces a una persona por delitos simplemente «diferentes en cuanto a su denominación», debiéndose examinar si tales «delitos se integraban o no por los mismos «elementos esenciales», de forma que si dos «delitos» por los que una persona había sido juzgada se solapaban ligeramente, no había motivos para considerar que el interesado no podía ser perseguido sucesivamente por cada uno de ellos. Este enfoque se siguió en los asuntos W.F. contra Austria (núm. 38275/1997, 30 mayo 2002) y Sailer contra Austria (núm. 38237/1997, 6 junio 2002), cuyo origen era una serie de hechos similar (Zolotoukhine c. Rusia, § 73)[30]. Precisamente en Zolotoukhine, el Tribunal afirma que «se debe entender que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda "infracción" en la medida en que ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o en unos hechos que son esencialmente los mismos» (§ 82). Posteriormente se añade que la «garantía consagrada en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 entra en juego cuando se abren nuevas diligencias y la sentencia anterior absolutoria o condenatoria ha adquirido fuerza de cosa juzgada…El Tribunal subraya que poco importa qué partes de estas nuevas acusaciones son finalmente estimadas o rechazadas en el procedimiento ulterior, puesto que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 enuncia una garantía contra un nuevo enjuiciamiento o el riesgo de un nuevo enjuiciamiento y no la prohibición de una segunda condena o una segunda absolución (apartado 110 supra)» (§ 83)[31].

Lo cierto es que, interpretado el criterio del TEDH en sentido estricto, ceñido a la cuestión puramente fáctica, se cerraría el paso a todo doble enjuiciamiento por hechos idénticos, aun cuando cada una de las infracciones en juego se orientase a tutelar bienes jurídicos diversos[32].

---

[29] Lo que parece reconocer el mismo Tribunal cuando, por ejemplo, en Zolotoukhine afirma que se trata de una materia que admite diversos formas de ser abordada (§ 70), sintetizando tres «enfoques» diversos utilizados por el Tribunal (§§ 70-73) o reconoce en §78 que ello genera «inseguridad jurídica». En general, véase, por todos, R. Alcácer Guirao, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa* 61, 2013, p. 29 y ss.; M. Pérez Manzano, «La prohibición de incurrir en bis in ídem en España y en Europa», en M. Pérez Manzano; J.A. Lascuraín (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 176 y ss.

[30] Véase la relación de asuntos en los que se empleó dicho criterio en Zolotoukhine, §§ 74-77. Ciertamente en el caso Zolotoukhine el TEDH la sanción administrativa era privativa de libertad. Sin embargo, en otras resoluciones, con la aplicación de tales criterios Engel, el TEDH ha considerado como «penales» sanciones administrativas mucho menos graves (asuntos Tomasovic c. Croacia, STEDH de 18 de octubre de 2011, Tsonyo Tsonev c. Bulgaría (nº 2), STEDH de 14 de enero de 2010, Ruotsalainen c. Finlandia, STEDH de 16 de junio de 2009).

[31] Si bien posteriormente matiza que «el artículo 4 del Protocolo núm. 7 contiene tres garantías distintas y dispone que nadie i. puede ser perseguido, ii. juzgado o iii. castigado dos veces por los mismos hechos (Nikitine, anteriormente citado, ap. 36)» Zolotoukhine, § 110).

[32] De hecho, el TEDH no siempre utilizó el mismo criterio; en diversos asuntos el TEDH admitió la posibilidad de un doble enjuiciamiento por los mismos hechos. Eso es lo que ocurrió, entre otros, en el caso el asunto Oliveira c. Suiza (STEDH de 30 de julio de 1998) en un asunto en el que el comportamiento era constitutivo de varios delitos (concurso ideal de delitos). El Tribunal asumió que habría sido más acorde con los principios de una buena administración de la justicia que los dos delitos hubiesen sido

Desde nuestra perspectiva, dicha intelección era absurda, singularmente en los casos en los que cada una de las infracciones tuviese un fundamento diverso (en especial cuando el órgano competente para su enjuiciamiento fuese distinto por ser las infracciones penal y administrativa), ya que se dejaba sin protección a alguno de los bienes jurídicos en juego[33].

2.3. Toma de posición ¿definitiva?: El caso A and B v. Noruega.

No obstante, tras Zolotoukhine, se matiza mucho el planteamiento expuesto y se flexibiliza su rigidez, de forma que en A and B v. Norway, STEDH de 15 de noviembre de 2016, se sostiene que el artículo 4 del Protocolo número 7 no excluye la posibilidad de que alguno de los sistemas reprima ilícitos en diversos niveles, por diversas autoridades y con diversas finalidades[34], siempre que los diversos procedimientos, realmente no supongan duplicidad, sino que se encuentren combinados de forma integrada, formando un todo coherente[35], de modo que sea artificial afirmar la existencia una duplicidad procedimental[36].

En la misma resolución (113 y ss.) se diferencian cuatro situaciones posibles. De ellas nos interesa en este momento el primer grupo en el que se declaró la compatibilidad de dos procedimientos, administrativos y penales, siempre que entre ellos hubiera «*a sufficiently close connection…in substance and in time*»[37]. Para ello sería necesario, adicionalmente, que la

---

sancionados por un solo tribunal, en un único proceso; sin embargo concluyó que no había habido violación del artículo 4 del Protocolo núm. 7 en la medida en que los mismos hechos penales por los que había sido condenado el demandante constituían dos delitos distintos: el delito penal de tráfico de estupefacientes importados y el delito de aduanas por impago del arancel. Se siguió este mismo enfoque, al menos, en STEDH, *Göktan* c. Francia, de 2 de julio de 2002, § 50).

[33] Desborda nuestro objetivo los argumentos empleados por el TJUE en contra de nuestra posición en el texto y conforme a los cuales «debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes»; en consecuencia, «el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas» (véase, entre otras, el asunto Leopold Henri Van Esbroeck, Sentencia de 9 de marzo de 2006, § 36. Añade el TJUE que el empleo del término «los mismos hechos» en el artículo 54 Convenio Schengen, en contraposición al término «infracción» empleado en el art. 14 (7) del PIDCP y en el art. 4 (1) del Protocolo 7 al CEDH, implica la adhesión el criterio de la materialidad de los hechos, con exclusión de su calificación jurídica (§§ 27-28).

[34] Se dice que el Protocolo «*does not, however, outlaw legal systems which take an "integrated" approach to the social wrongdoing in question, and in particular an approach involving parallel stages of legal response to the wrongdoing by different authorities and for different purposes*» (A and B v. Norway 15 de noviembre de 2016, § 123, subrayado nuestro).

[35] Así, en A and B v. Norway, § 111, se lee: «It should be noted, however, that the Zolotukhin judgment offered little guidance for situations where the proceedings have not in reality been duplicated but have rather been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole».

[36] Como se sintetiza en A and B v. Norway 15 de noviembre de 2016 (112): «*After the Zolotukhin judgment, as had been the position previously, the imposition by different authorities of different sanctions concerning the same conduct was accepted by the Court as being to some extent permissible under Article 4 of Protocol No. 7, notwithstanding the existence of a final decision. This conclusion can be understood as having been based on the premise that the combination of sanctions in those cases ought to be considered as a whole, making it artificial to view the matter as one of duplication of proceedings leading the applicant to being "tried or punished again…for an offence for which he has already been finally…convicted" in breach of Article*».

[37] Dicho test se introdujo por primera vez en Nilsson v. Sweden, 13 de diciembre de 2005, demanda 73661/01; y aparece, al menos, en Boman v. Finland, demanda 41604/11, 17 febrero 2015, § 42.

En el resto de supuestos se declaró la violación del tratado. Así, siguiendo lo que expresa la misma sentencia A and B v. Norway: En un segundo grupo de casos el Tribunal afirmó que procedimientos

respuesta punitiva, contemplada globalmente, no sea excesiva o desproporcionada[38], siendo irrelevante el orden en que se desarrollen los procedimientos[39].

Centrándonos ahora en los requisitos de la conexión temporal y material[40], debe tenerse en cuenta que ambos son imprescindibles, de forma que si falta uno de ellos no podrá afirmarse superado el test, por lo que deberá entenderse conculcada la garantía[41].

Por lo que concierne a la conexión temporal[42], no es necesario que los dos procedimientos, penal y administrativo, sean simultáneos para ser compatibles, si bien el ser simultáneos no determina

---

paralelos no estaban excluidos cuando se tratase de multas administrativas fiscales, por un lado, y de un proceso penal por defraudación criminal, por otra; sin embargo, concluyó que el test de «a sufficiently close connection…in substance and in time» no había sido satisfecho considerando las circunstancias del caso concreto (véase los casos Glantz v. Finland, no. 37394/11, 20 mayo 2014, Nykänen v. Finland, no. 11828/11, § 38, 20 mayo 2014, y Lucky Dev v. Sweden, no. 7356/10, § 58, 27 noviembre 2014; Rinas v. Finland, no. 17039/13, 27 enero 2015, and Österlund v. Finland, no. 53197/13, 10 febrero 2015). En tercer lugar, se encontrarían los procedimientos paralelos en el tiempo durante cierto tiempo en los que el Tribunal estimó violación, pero sin referirse a test de Nilsson («sufficiently close connection… in substance and in time»). Ese sería el caso de Tomasovic v. Croatia, no. 53785/09, 18 October 2011; Grande Stevens and Others v. Italy (nos. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 marzo 2014. Finalmente, en cuarto lugar, supuestos de falta de conexión sustantiva sin referencia al test de Nilsson (Kapetanios and Others (nos. 3453/12, 42941/12 y 9028/13, §72, 30 abril 2015); Sismanidis and Sitaridis v. Greece, nos. 66602/09 y 71879/12, 9 de junio de 2016, supuestos en los que los demandantes fueron absueltos de delitos aduaneros y posteriormente la Administración impuso duras sanciones administrativas por la misma conducta. En ellos se concluyó que había habido violación del convenio.

[38] En palabras del propio TEDH: «In the view of the Court, States should be able legitimately to choose complementary legal responses to socially offensive conduct (such as non-compliance with road-traffic regulations or non-payment/evasion of taxes) through different procedures forming a coherent whole so as to address different aspects of the social problem involved, provided that the accumulated legal responses do not represent an excessive burden for the individual concerned» (A and B v. Norway, § 121, subrayado nuestro). Sería tarea de la Corte «to determine whether the specific national measure complained of entails, in substance or in effect, double jeopardy to the detriment of the individual or whether, in contrast, it is the product of an integrated system enabling different aspects of the wrongdoing to be addressed in a foreseeable and proportionate manner forming a coherent whole, so that the individual concerned is not thereby subjected to injustice» (A and B v Norway, § 122, subrayado nuestro). En la misma línea sigue diciendo: «This implies not only that the purposes pursued and the means used to achieve them should in essence be complementary and linked in time, but also that the possible consequences of organising the legal treatment of the conduct concerned in such a manner should be proportionate and foreseeable for the persons affected» (véase §§ 125 y ss. y 132, donde desarrolla pautas para determinar si en el caso concreto concurre dicha conexión en sustancia y tiempo entre los procedimientos administrativo y penal). Se trata de una exigencia que asume el TJUE; así, véase STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci, §§ 52 y 55.

[39] Véase A and B v. Norway, § 128, lo que parece indicar que puede ser primero el administrativo y luego el penal o a la inversa.

[40] Véase caso A and B v. Norway, §§ 125 y ss. Antes de entrar a examinar si hubo conexión suficientemente cercana (*sufficiently close connection*) entre los procedimientos, el Tribunal ha verificar si hubo una decisión «final» en el conjunto de los procedimientos. Pese a lo cual añade: «*In the Court's opinion, however, the issue as to whether a decision is "final" or not is devoid of relevance when there is no real duplication of proceedings but rather a combination of proceedings considered to constitute an integrated whole*» (id. 126).

El criterio ha sido asumido por el TJUE (véase STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci, párrafo 61).

[41] A and B v. Norway, 125.

[42] Véase la crítica al requisito que formula el magistrado Pinto de Albuquerque en su voto particular a A and B v. Norway, §§ 40-46.

automáticamente la compatibilidad[43]. En general, se puede concluir que lo decisivo es que se proteja al individuo de la falta de certeza y de dilaciones, de forma que cuanto más débil sea la conexión temporal, mayor será la carga para el Estado de explicarlo y justificarlo[44].

En cuanto a las condiciones para entender que los procedimientos administrativo y penal presenten suficiente conexión sustancial para estimarlos compatibles, el TEDH sostiene que hay que considerar cuatro factores materiales. En síntesis, si los procedimientos persiguen fines complementarios[45] (lo que interpretamos como una referencia al fundamento o bien jurídico protegido por la norma material aplicable); si los dos procedimientos son una consecuencia previsible considerando la ley y la práctica; si los procedimientos se desarrollan evitando duplicación de la práctica de pruebas, de forma que lo afirmado en uno se use en el otro; y, por último y especialmente, si existen mecanismos para que la sanción finalmente impuesta en el segundo procedimiento tenga en cuenta la primera evitando sobrerreacciones punitivas[46].

2.4. Conclusiones.

Aun cuando la doctrina expuesta presenta múltiples aristas que no pueden ser examinadas en un trabajo de estas características[47], desde nuestra perspectiva, cabe globalmente valorar de forma positiva el cambio que A and B v. Norway ha supuesto en la jurisprudencia europea de derechos humanos. Parece claro que, en un mundo ideal, debería agotarse la respuesta punitiva del Estado frente a conductas ilícitas en un solo procedimiento, cuya culminación agotase lo injusto del hecho. Sin embargo, en sistemas caracterizados por un imperfecto diseño, dicho planteamiento adolecería de falta de realismo y no satisfaría las necesidades preventivas a las que sirven las sanciones públicas. Entendemos que poco añadía a los inalienables derechos de los ciudadanos una hipertrofia de la prohibición de acumular dos procedimientos sancionatorios, lo que, como venimos insistiendo, no equivale a una ilimitada posibilidad de hacerlo.

---

[43] En el parágrafo 127 de A and B v. Norway, se dice: «…"*both sets of proceedings follow their own separate course and become final independently from each other" is to be treated as a finding of fact: in the Finnish system under consideration there was not a sufficient connection in substance between the administrative proceedings and the criminal proceedings, although they were conducted more or less contemporaneously. Nykänen is an illustration of the "sufficient connection in substance and in time" test going one way on the facts*».

[44] Véase parágrafo 134: «…the connection in time must be sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time (see, as an example of such shortcoming, Kapetanios and Others, cited above, § 67), even where the relevant national system provides for an "integrated" scheme separating administrative and criminal components. The weaker the connection in time the greater the burden on the State to explain and justify any such delay as may be attributable to its conduct of the proceedings».

[45] Criterio asumido por la jurisprudencia del TJUE; vid la ya citada STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci, párrafo 44.

[46] Véase parágrafo 132, A and B v. Norway: *«-whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved; - whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct; - whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set; - and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate».*

[47] Particularmente ilustrativo es el amplísimo voto particular del magistrado Pinto de Alburquerque.

En todo caso, sin que podamos ahora entrar en los detalles, destacamos tres ideas relevantes desde la perspectiva del Derecho español.

A) Materialmente, supone una convalidación de la técnica del descuento, en los casos en los que haya un previo procedimiento administrativo seguido de uno penal con los mismos sujetos, hechos y fundamento (de la sanción penal se descuenta la administrativa en los casos de duplicidad procedimental con identidad de fundamento). Dicha técnica no parece haber sido expresamente analizada en la jurisprudencia del TEDH[48]. Sin embargo, seguramente, deba concluirse su compatibilidad con los criterios de A and B v. Norway, donde para garantizar la conexión material de los dos procedimientos, penal y administrativo, se requiere verificar «*...above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate*» (§ 132). La conclusión apuntada (el TEDH parece abrir la mano a la compatibilidad de la técnica de la compensación), seguramente deba extenderse a una hipotética (en España) posibilidad de anular la primera condena administrativa[49].

---

[48] En asuntos tramitados antes de Zolotoukhine, se concluyó que no hubo lesión del derecho en casos de restauración a posteriori; así, en Ščiukina contra Lituania, STEDH de 5 de diciembre de 2006 en la medida en que cabía la posibilidad de anular la condena administrativa anterior. En el asunto Falkner contra Austria, STEDH de 30 septiembre 2004, donde el previo procedimiento administrativo fue anulado y la multa devuelta; en Zigarella contra Italia, STEDH de 3 de octubre de 2002 en el que las autoridades internas tramitaron simultáneamente dos procedimientos contra el demandante. Una vez recaída sentencia «firme» en el primer proceso, el tribunal interno concluyó la causa por cuanto se vulneraba el principio *non bis in idem*. El Tribunal admitió que las autoridades habían reconocido expresamente la violación y que al concluir la segunda causa habían ofrecido una reparación adecuada. El demandante no podía, por tanto, considerarse «víctima» de la violación alegada del artículo 4 del Protocolo núm. 7. En Zolotoukhine (§ 115) se dijo que «el Tribunal reconoce que cuando las autoridades internas instruyen dos procesos pero reconocen una violación del principio *non bis in idem* y posteriormente ofrecen una reparación adecuada, por ejemplo archivando la causa o anulando el segundo proceso y eliminando sus efectos, puede considerar que el demandante ha perdido la condición de "víctima". Si no fuese así, las autoridades internas no podrían reparar las violaciones alegadas del artículo 4 del Protocolo núm. 7 en el plano interno y la noción de subsidiariedad perdería mucha de su utilidad» (en ese particular caso la absolución nacional en el segundo procedimiento se debió a motivos que no tenían que ver con la prohibición de doble enjuiciamiento, sino por la ausencia de pruebas, § 116, por lo que la violación del artículo 4 existió). En definitiva, no parece contemplarse la compensación como mecanismo *a posteriori* para excluir la posibilidad de una lesión de derechos, pues se refiere tan sólo a la posibilidad de archivar o anular el segundo proceso. Tampoco parece que dicha técnica haya sido analizada en la jurisprudencia del TJUE; al respecto, véase M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA, «Duplicidad de sanciones administrativas y penales en la Unión Europea y en España. Comparación de la jurisprudencia europea y española desde la perspectiva del principio "ne bis in ídem"», en J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, N. J. DE LA MATA BARRANCO; I. BLANCO CORDERO (coords.), *Adaptación del Derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, 2019, p. 13, nn. 88 y 89, no obstante, sostiene PÉREZ MANZANO que tácitamente parece rechazarla, al respecto, véase «La prohibición de incurrir en bis in ídem en España y en Europa», en M. PÉREZ MANZANO; J.A. LASCURAÍN (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, pp 190-191.

[49] Nada diverso se desprende de la jurisprudencia del TJUE; así, en STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci, párrafo 56, se tiene en cuenta para afirmar la proporcionalidad de la sanción conjunta integrada por una pena y una sanción administrativa el hecho de que en el procedimiento penal posterior se considere una circunstancia atenuante el previo pago de la sanción administrativa.

B) La jurisprudencia europea parece permitir dos procedimientos (penal y administrativo) cuando cada uno de ellos persiga finalidades diversas, esto es, la infracción aplicable posea un fundamento diverso. Se trata de una conclusión que parecía vedada especialmente, aunque no sólo, tras Zolotoukhine, de seguir una rígida aplicación del criterio de los elementos esenciales[50]. Sin embargo, tras la citada A and B v. Norway, la cuestión parece haber cambiado. Entiendo que la Corte ha convalidado la posibilidad de dos procedimientos en tales circunstancias, siempre que haya una suficiente conexión temporal entre los dos procedimientos[51].

C) También desde la perspectiva procedimental, la jurisprudencia europea parece permitir una cierta duplicidad cuando haya identidad de fundamento, supuestos que son los más conflictivos y a los que dedicamos este trabajo[52].

Del último grupo de casos nos ocupamos a continuación, donde nos ceñiremos al examen de aquéllos en los que confluye la jurisdicción penal con un procedimiento administrativo

---

[50] Véase supra.

[51] Dicha conclusión se desprende de diversos párrafos de A and B v. Norway. Así, en el párrafo 121, dice el TEDH: «In the view of the Court, States should be able legitimately to choose complementary legal responses to socially offensive conduct (such as non-compliance with road-traffic regulations or non-payment/evasion of taxes) through different procedures forming a coherent whole so as to address different aspects of the social problem involved, provided that the accumulated legal responses do not represent an excessive burden for the individual concerned». Sería tarea de la Corte «to determine whether the specific national measure complained of entails, in substance or in effect, double jeopardy to the detriment of the individual or whether, in contrast, it is the product of an integrated system enabling different aspects of the wrongdoing to be addressed in a foreseeable and proportionate manner forming a coherent whole...» (A and B v Norway, 122, subrayado nuestro). O, por ejemplo, en el párrafo 130, cuando precisa qué debe entenderse por una conexión material suficiente, entre los dos procedimientos, penal y administrativo: «that the purposes pursued and the means used to achieve them should in essence be complementary», lo que incluye los casos en que los fines perseguidos no sean iguales (son complementarios). De igual forma, en el análisis de si hay una conexión sustancial entre ambos procedimientos, el Tribunal Europeo, precisamente, sostiene que hay que considerar factores materiales. En concreto en el párrafo 132 se dice que hay que atender a lo siguiente: «- whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved» (subrayados nuestros).

[52] El derecho comparado pone de relieve modelos interesantes de intervención punitiva administrativa, en campos tradicionalmente reservados a ese último, como es el de la corrupción, seguramente por la constatación de que el Derecho penal no está siendo razonablemente eficaz, por múltiples razones que desabordan este trabajo, como el colapso del poder judicial por el exceso de asuntos, la existencia de corrupción en el mismo sistema judicial o en la fiscalía, el abusivo ejercicio del principio de oportunidad procesal o los defectos del ordenamiento penal y procesal. En este contexto merece la pena destacar el ahora declarado inconstitucional modelo peruano. En este último país, se otorgó competencias punitivas a la Administración, concretamente a la Contraloría General de la República, para sancionar conductas ampliamente coincidentes con las figuras de delito (véase la Ley 29622, que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, desarrollada por medio del Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (Decreto Supremo 023-2011). Basta echar un vistazo al catálogo de infracciones previsto en las normas citadas para darse cuenta de que coinciden amplísimamente con el catálogo de delitos previstos en el Código Penal peruano, singularmente, en materia de corrupción. Ello determinó la incoación y culminación de cientos de procedimientos administrativo-sancionadores (por mucho que se hablase de «responsabilidad administrativa funcional») por hechos con relevancia típicamente penal. No juzgamos como incompatible con principios constitucionales esenciales dicho sistema, en la medida en que el art. 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría dispone: «La imposición de las sanciones *no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar*», esto es, la propia ley autoriza la acumulación de dos sanciones (cuestión diversa es que se pudieran acumular hasta tres procedimientos, lo cual nos parece claramente desproporcionado). El sistema, no obstante, en la actualidad ha hecho crisis por razones diversas a la problemática que nos ocupa, vinculadas al principio de taxatividad y a la reserva de ley, cuyo detalle no procede examinar aquí (véase sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. Nº 00020-2015-PI/T).

sancionador. Las situaciones esencialmente pueden ser dos. En primer lugar, cuando interviene sancionando la Administración y posteriormente la jurisdicción. En segundo lugar, cuando la situación es a la inversa. Cada una merece una consideración diferenciada. Habría, lógicamente, que añadir los casos de enjuiciamiento simultáneo que no analizamos con detalle[53], pero en relación con la cual nos parece claro que debería primar el procedimiento penal por su carácter más garantista (judicialización plena, oralidad, derecho a la última palabra, derecho a la doble instancia, etc.)[54], por sus mayores posibilidades investigadoras necesarias para llegar a la verdad material[55], por la protección penal reforzada en caso de no prestar colaboración (arts. 458 y 463 CP), así como por el hecho de que la potestad sancionadora sea una excepción al principio de separación de poderes que debe dejar paso a la regla, esto es, que la potestad de juzgar esté en manos del poder judicial[56].

---

[53] Como hemos visto, para el TEDH, el ser simultáneos no determina la compatibilidad de los procedimientos penal y administrativo (§ 127 de A and B v. Norway); en general, son significativos los párrafos §§ 40-46 del voto particular del magistrado Pinto de Albuquerque; véase, asimismo, T. CANO CAMPOS, *RAP* 156, 2001, p. 221 y ss.

[54] Se ha dicho que tal idea es contradictoria con el dato de que al final la prevalencia de la vía jurisdiccional penal puede acabar perjudicando los intereses del infractor (M. J. ALONSO MAS, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, 2005, p. 56). Sin embargo, no es el fundamento único de la prevalencia del procedimiento penal y, en todo caso, se trata de una consideración efectuada en abstracto, con independencia de lo que pueda resultar en el caso concreto; no se trata de optar por el resultado potencialmente más beneficioso para el ciudadano, sino por el procedimiento que, a priori, ofrece más garantías desde el punto de vista del Estado.

[55] Apenas es preciso recordar que el procedimiento administrativo sancionador tiene cerrada diversas posibilidades investigadoras que, sin embargo, pueden ser utilizadas en el procedimiento penal. Entre ellas podemos destacar ahora algunas. Así, por ejemplo, cabe la cita de la intervención de las telecomunicaciones (véase, no obstante, la STS de 27 de septiembre de 2010, sala tercera, en cuanto a la posibilidad de interceptación de telecomunicaciones por infracción administrativa; sobre el particular en la literatura, véase M. REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», en J.J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *Función inspectora*, INAP y Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2013, p. 86; D. BLANQUER CRIADO, *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas),* Valencia 2018, p. 155 y ss.). De igual forma, en principio no cabe en el procedimiento administrativo sancionador la utilización de la mayor parte de los métodos previstos en los arts. 588 bis a) LECr): captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen. Asimismo no se tiene acceso a la orden europea de investigación (véase Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio. Por una parte el art. artículo 186 dispone que «1. La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución». Ciertamente el adjetivo «penal» podría interpretarse flexiblemente. Sin embargo, el artículo 187 es inequívoco: «Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento. Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales. A estos efectos, las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores». Sin embargo, algunas autoridades administrativas de los Estados de la Unión sí que podrán impulsar dicha orden (véase art. 186.2: « La orden europea de investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto administrativas como judiciales, por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional, en particular en el orden penal»). Se trata de un precepto pensado seguramente en los países en los que las infracciones administrativas se recurren ante la jurisdicción de lo penal.

[56] Véase el § 20 *OWiG*, en virtud del cual se otorga prioridad a la ley penal: «*Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafgesetz angewendet*». Véase, no obstante, cómo en Alemania se contempla la posibilidad, muy excepcional de que una norma sancionadora administrativa

3. Supuestos de procedimiento administrativo sancionador previo al penal (con identidad de sujeto, hecho y fundamento).

3.1. Planteamiento: referencia a la técnica del descuento.

Como punto de partida, debe asumirse que en nuestro sistema, si la Administración detecta una infracción administrativa que simultáneamente puede tener la consideración de delito, debería suspender el procedimiento y dar traslado al Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción[57]. Ciertamente, el carácter habitualmente prolongado del proceso penal puede determinar la prescripción de la infracción administrativa, cuando aquél no culmine con una condena. Se trata de una cuestión conflictiva que resulta ajena al objeto de nuestro trabajo[58], si bien podemos subrayar que, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, entendemos que si primero se abre un procedimiento administrativo, el cual se suspende por el inicio de uno penal, debe

desplace a una penal sobre la base del principio de especialidad; al respecto, véase F. GÜRTLER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 21, 7.

[57] El artículo 7.1 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del Estado establecía: «En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación». El apartado 2 del mismo artículo seguía disponiendo: «Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial». Sin embargo tales previsiones han desaparecido de las leyes 39/2015 y 40/2015.

El deber de trasladarlo al Ministerio Fiscal, sin embargo, es una previsión común en los sistemas de nuestro entorno jurídico y cultural; al respecto, véase § 41 de la *OWiG* alemana (que también prevé que, en caso de que no se encuentre relevancia penal a los hechos, se devuelva el procedimiento a la Administración); se llega al punto de hablar de prevaricación por omisión en caso de no cumplir con dicho deber de traslado (F. GÜRTLER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 41, 1). Esta última posibilidad, en España, se ve dificultada con la desaparición del deber legal expreso. En nuestro país, permanece, no obstante, la obligación de denuncia sobre la base del rancio artículo 262 de la LECr, seguramente insuficiente para construir el delito del artículo 404 CP por omisión. El deber de suspender, al menos tácitamente, dimana del art 77.4 Ley 39/2015: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

[58] El problema se puede presentar porque el artículo 30.2 de la Ley 40/2015 dispone que interrumpirá el plazo de prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de «un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora». Parece claro que la Ley no está pensado para los casos de procedimientos penales. Con la regulación anterior de la Ley 30/1992, el problema se podía resolver en la medida en que el anterior artículo 132.2 hablaba del «procedimiento sancionador» y el proceso penal inequívocamente lo es. En consecuencia, la iniciación de un proceso penal, podía determinar la prescripción de una infracción administrativa. De hecho, la jurisprudencia en las escasas ocasiones en las que se ocupó de la cuestión venía adoptando el criterio aquí expuesto, si bien, se echaba en falta en la misma una fundamentación jurídica más detallada. Tras la aprobación de la nueva regulación en la que el citado artículo 30.2 de la Ley 40/2015 dispone que interrumpirá el plazo de prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de «un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora», debe concluirse que si tan solo ha habido un proceso penal, éste no puede por sí mismo interrumpir la prescripción de la infracción administrativa (recuérdese que no es posible apreciar causas de prescripción extralegales distintas de las previstas en la Ley (por ejemplo, SSTC 97/2010, de 15 de noviembre; 14/2016 de 1 de febrero, FJ 3). Que se trata de una decisión criticable no nos cabe duda alguna. No resulta razonable que habiendo habido un acto de persecución punitiva por parte del Estado, éste sea insuficiente para determinar la prescripción. En cualquier caso, nuevamente sería aconsejable que, al hilo de la regulación especial de las correspondientes infracciones administrativas, se establecieran normas ad hoc que contemplaran la situación descrita y cerraran el paso a una potencial prescripción en los casos en los que se siguiera un procedimiento penal por hechos que, simultáneamente, pudiesen ser constitutivos de delito e infracción administrativa y que concluyeran bien con la absolución, bien con el sobreseimiento por parte del poder judicial [así, véase el artículo 189.3 b) de la LGT].

entenderse que es suficientemente previsible la posibilidad de que, concluido el penal (con condena o absolución), pueda reanudarse el administrativo que tan sólo estaba suspendido[59].

Al margen de ello, si, pese a la relevancia penal del hecho, la Administración opta por sancionar, concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, debe entenderse que en tales casos no juega la prohibición de bis in idem, en la medida en que operaría la técnica del descuento (de la sanción penal se descuenta la administrativa previamente impuesta), la cual nos merece una consideración crítica[60]. Sea como fuere, parece claro que si es posible descontar de la sanción penal la administrativa es, lógicamente, porque la previa acumulación sucesiva de procedimientos no violó dicha prohibición[61].

No obstante, el Tribunal Constitucional español también ha admitido que, en determinadas ocasiones, sí que es posible que rija una prohibición de bis in idem cuando haya un previo procedimiento sancionador administrativo seguido de uno penal. Así, STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 8, se dice:

«...no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal -por los mismos hechos y con el mismo fundamento- puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional».

Conforme a la misma sentencia y fundamento ello ocurriría «...tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a

---

[59] En cuanto a la exigencia de previsibilidad en la jurisprudencia europea, véase el ya citado caso de A and B v. Norway, §§ 122 y 132.

[60] En general, nos remitimos a M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Cap. 7; las soluciones aceptables entendemos que son dos: o se anula la sanción administrativa de oficio o a instancia de parte o se otorga a los jueces de lo penal la potestad de anular la sanción administrativa, como acaece en Alemania (véase § 86 *OWiG)*, la cual, la cual no necesariamente tiene que tener lugar por medio de sentencia (H. SEITZ/M BAUER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 86, 3 *OWiG*, criterio legal el alemán que, de aceptarse, también llevaría a la conclusión de que no se viola el principio non bis in idem en su dimensión procedimental). Entiendo que otro criterio defiende R. ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa* 61, 2013, especialmente p. 45, muy crítico con la idea de la prevalencia de la jurisdicción penal. Defiende que el segundo proceso vulnera en todo caso la garantía non bis in idem procesal, por ejemplo, D. I. CARPIO BRIZ (2012), «Europeización y reconstitución del non bis in ídem —efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia, de 10 de febrero de 2009—», en S. MIR PUIG/M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Constitución y Sistema penal*, Madrid, 2012, p. 237 y 242.

[61] Lo cual seguramente tenga que ver con la nulidad del primer procedimiento; entiendo que en el mismo sentido H. SEITZ/M BAUER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 84, 2; véase, asimismo, § 86.1 *OWiG*: «*Ist gegen den Betroffenen ein Bußgeldbescheid ergangen und wird er später wegen derselben Handlung in einem Strafverfahren verurteilt, so wird der Bußgeldbescheid insoweit aufgehoben*». Ya hemos expresado que la técnica de la compensación o del descuento (de la sanción penal se descuenta la administrativa), no parece haber sido expresamente analizada en la jurisprudencia del TEDH, pero que resulta compatible con ella. En todo caso, la perspectiva europea parece distinta, pues viene a sostener que si se articulan mecanismos para compensar los efectos negativos del primer procedimiento, debe excluirse la lesión del derecho. Un punto de vista distinto al expresado en el texto, J. MUÑOZ CLARES/J.M. CABALLERO SALINAS, *Ne bis in ídem. Hechos, penas, sanciones,* 2019, p. 277.

las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal»[62].
De la jurisprudencia constitucional citada se desprende que, en abstracto, es posible que un previo procedimiento administrativo cierre el paso a uno posterior penal (ambos persiguiendo la aplicación de delitos e infracciones con igual fundamento) sobre la base de la prohibición de bis in idem, en las hipótesis en las que el procedimiento administrativo sancionador alcance un nivel, ignoto, de complejidad, parangonable al penal[63].

Con independencia de ello, creemos que merece la pena examinar otros casos próximos. Nos referimos a aquellos en los que se pretende iniciar un procedimiento penal, pese a una previa absolución administrativa, cuando tal absolución se deba a la falta de pruebas, a la inexistencia de elementos subjetivos, o se haya apreciado una causa de justificación, o una de exclusión de la culpabilidad, paralelas a las penales, casos estos últimos seguramente muy excepcionales[64].

---

[62] Véase, asimismo, SSTC 334/2005 de 20 de diciembre, FJ 2, en el que el recurrente había sido sancionado previamente con un arresto disciplinario, y posteriormente fue penado por los mismos hechos por un delito de desobediencia, donde se rechazó que ambos procedimientos disciplinario y penal fueran parangonables; 48/2007 de 12 de marzo, FJ 3 b), en relación con procedimientos disciplinarios penitenciarios.

[63] Es llamativo el contraste entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del TEDH. Como hemos expuesto, la doctrina constitucional española en relación con la llamada vertiente procedimental del principio *non bis in idem* se basa esencialmente en establecer la compatibilidad de ambos procedimientos en tanto en cuanto el administrativo no pueda por su complejidad equipararse al penal, mientras que la doctrina del TEDH considera múltiples otros factores (véase supra; véase §§ 125 y ss. y 132 de A and B v. Norway). Esa diferencia ya estaba presente con anterioridad al caso de A y B contra Noruega; al respecto, véase R. ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa* 61, 2013, p. 13-14; sobre la dificultad de hacer efectivo el bis in idem procedimental con el criterio constitucional, véase M. PÉREZ MANZANO, «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer bis in idem al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley* 5802 (2003) p. 13; L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador,* 2008, p. 181-182. La posición del TC lleva a que sólo quepa hablar de vulneración del bis in idem procesal en hipótesis de laboratorio en las que, además, se perdería la ventaja de tener un Derecho administrativo sancionador, al ser perfectamente equiparables los procedimientos jurisdiccional y penal. No obstante, en Alemania, la decisión administrativa cierra el paso a un posterior enjuiciamiento de los hechos como delito, al entenderse que dicha resolución es equiparable a la judicial (véase H. SEITZ/M BAUER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 84, 3). Pese a ello, la aparición de nuevos hechos o pruebas permitiría la nueva valoración de los hechos como delito (id., 13).

[64] Nos referimos, por un lado, a la legítima defensa, estado necesidad, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (en cuanto a las causas de justificación) y, por otro, a la minoría de edad penal, anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena (en cuanto a las causas de exclusión de la culpabilidad); seguramente haya que añadir error de prohibición y causas de exculpación, como el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante; nos remitimos a M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Caps. 17, 18 y 19. Si de una excusa absolutoria se tratase, seguramente, la cuestión dependa del caso concreto, puesto que nada impide que se trate de un fenómeno exclusivamente administrativo que no opere igual en el Derecho penal, en cuyo caso, tampoco estimamos que se cierre el paso a un posterior procedimiento penal.

3.2. Examen en particular del caso de previa absolución administrativa por falta de pruebas, por la inexistencia de elemento subjetivo, por la apreciación de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, sin intervención de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Desde nuestra perspectiva, los jueces de lo penal no pueden estar vinculados por el criterio de la Administración. En consecuencia, si ésta absuelve sin intervención jurisdiccional por falta de pruebas, por inexistencia del necesario elemento subjetivo o, excepcionalmente, apreciando una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad coincidentes con las penales[65], no hay problema en que posteriormente se tramite un procedimiento penal que concluya en condena por todo lo contrario, debiéndose en tal caso, concluirse que la resolución administrativa fue nula. Ya hemos expuesto las razones por las que estimamos preferente el procedimiento penal[66]. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que no opera aquí el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales, circunscrito a las decisiones jurisdiccionales[67]. Por fin, no pueden desconocerse las razones materiales: si la pena criminal

[65] No analizamos el específico caso en el que la Administración, pese a haber iniciado el procedimiento, no sanciona sobre la base del principio de oportunidad y que presenta ciertas aristas que no juzgamos oportuno examinar (en primer lugar, la propia vigencia de tal principio y, en su caso, los términos en los que opera; sobre el particular véase M. Gómez Tomillo/I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Cap. 30). No obstante, si como defendemos en el texto, no se incurre en *bis in idem* prohibido en los casos de absolución administrativa, no convalidada jurisdiccionalmente, menos aún en estos otros casos.

[66] Reiteramos las razones para ello. En primer lugar, por el carácter más garantista del procedimiento penal. En segundo lugar, por sus mayores posibilidades de investigación, esto es, de alcanzar la verdad material. En tercer lugar, por la protección penal reforzada en caso de no prestar colaboración, bien por no comparecer (art. 463 CP), bien por falso testimonio (arts. 458 y ss. CP). En cuarto lugar, por el carácter de excepción al principio de separación de poderes que supone el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; no parece razonable que la excepción (procedimiento administrativo) prime sobre la regla (procedimiento penal).

[67] En palabras de la STC 35/2018, de 23 de abril, FJ 3 (entre otras muchas): «Es importante destacar que, como se recuerda en la STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 4, con cita de la STC 53/2007, de 12 de marzo, FJ 2, el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que "este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello" (SSTC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo. FJ 2, y 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 18011997, de 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, "el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 96/2005, de 28 de abril, FJ 5, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)». En la STC 2/2003, FJ 7 se dice: «En cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, se ha de señalar que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada (por todas, SSTC 67/1984, de 7 de junio, FJ 2; 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 189/1990, de 26 de noviembre, FJ 1; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4), el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad

posee un carácter más gravoso (en los casos más habituales), la premura administrativa no parece razón suficiente para privilegiar al infractor.

Problemático puede ser, sin embargo, la conciliación de la duplicidad expresada (previa sanción administrativa sin intervención jurisdiccional contenciosa) con los criterios jurisprudenciales europeos que derivan de A and B v. Norway, esto es, si en las hipótesis que analizamos concurre «a sufficiently close connection…in substance and in time». Dejando en estos momentos de lado la cuestión de la conexión temporal, hemos visto que la conexión material requiere verificar, de acuerdo con el TEDH, cuatro factores, los cuales puede entenderse que concurren, en este caso:

a) Los dos procedimientos han de perseguir fines complementarios. Hemos interpretado que dicho criterio es una referencia a los casos de diversidad de bien jurídico protegido por la norma penal y la administrativa y el caso que estudiamos, precisamente se caracteriza por lo contrario. Sin embargo, cuando el TEDH habla de «fines complementarios», no necesariamente ha de interpretarse que se refiere con exclusividad a que el fundamento, el bien jurídico protegido por las normas, penal y administrativa, sea distinto. Se trata de una expresión más amplia que también puede entenderse que otorga la compatibilidad de dos procedimientos cuando la sanción impuesta por uno no sea suficiente para agotar lo injusto del hecho, esto es, los casos en que la respuesta punitiva derivada del previo procedimiento (en nuestro caso administrativo) sea insuficiente desde una perspectiva preventiva o retributiva. Entiendo que ello puede acaecer especialmente en los casos en que las sanciones a imponer por cada uno de los procedimientos sean de diversa naturaleza.

b) Los dos procedimientos han de ser una consecuencia previsible, considerando la Ley y la práctica. Desde nuestra perspectiva, es indudable que ello es así en el caso que nos ocupa. Por una parte, se trataría de una posibilidad necesariamente prevista en la Ley. Por otra, la práctica habitual inequívocamente es que un procedimiento administrativo no tapone el posterior penal. Por fin, estamos hablando de dos procedimientos formalmente muy diversos, y que, además, se siguen ante órganos del Estado enmarcados en poderes diversos (Poder Judicial y Administración), con una incuestionable subordinación jurídica de la segunda al primero. El cúmulo de las circunstancias apuntadas nos inclina a pensar que no concurre una razonable expectativa de no volver a ser juzgado por los mismos hechos.

c) Debe verificarse que los procedimientos se desarrollan evitando duplicación de la práctica de pruebas, de forma que lo afirmado en uno se use en el otro. Se trata del punto más conflictivo, toda vez que difícilmente puede sostenerse que la práctica de la prueba desplegada en el marco administrativo pueda cerrar el paso a su reiteración en el marco jurisdiccional (especialmente, en el caso de la declaración del infractor, etc.). No obstante, nada impide que, si las partes lo piden, las actuaciones seguidas ante la Administración se incorporen al procedimiento penal y se valoren como prueba documental. Considerando, asimismo, que el procedimiento administrativo se caracteriza por su carácter escrito, frente a la oralidad propia del plenario penal, frecuentemente será posible concluir que no hubo una exacta duplicidad en la práctica probatoria.

---

del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada».

d) Ha de atenderse a si existen mecanismos para que la sanción finalmente impuesta en el segundo procedimiento tenga en cuenta la primera evitando sobrerreacciones punitivas. En la medida en que en el caso que analizamos no hubo tal sanción, este último factor no se alza como un obstáculo insalvable.

3.3. Examen en particular del caso de absolución por falta de pruebas, por la inexistencia de elemento subjetivo, o por la apreciación de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, con intervención de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Las conclusiones expuestas necesariamente han de ser diversas en los casos en los que intervino la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta última situación puede acaecer teóricamente en dos casos. En primer lugar, cuando los tribunales convalidan una previa absolución administrativa[68]. La segunda cuando la jurisdicción anula una resolución administrativa de condena y lo hace por falta de pruebas (coincidiendo los tipos objetivos penal y administrativo), por no apreciar el necesario elemento subjetivo, o por estimar una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, rectificando el criterio punitivo de la Administración.
Merece la pena detenernos mínimamente, entre los casos citados, en aquellos en los que la absolución se produce por inexistencia del elemento subjetivo requerido por la correspondiente infracción administrativa. Como es conocido, el Derecho administrativo sancionador se caracteriza por la posibilidad de punir tanto comportamientos dolosos como culposos[69]. La situación contrasta con lo que acaece en el Derecho penal, donde las conductas imprudentes se sancionan tan sólo cuando expresamente así se dispone en la Ley (art. 12 CP). Desde la perspectiva de este trabajo, ello puede tener importancia cuando las infracciones penal y administrativa son coincidentes en el tipo objetivo. En esos casos, existe un campo común, constituido, por un lado, por las conductas dolosas, y, por otro, por las imprudentes, cuando el delito también sea punible a título de culpa. Por consiguiente, es perfectamente factible que se dé un pronunciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo sobre tal cuestión.
Menor interés presentan, sin duda, las hipótesis citadas en los que se aprecie una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, toda vez que, como ya hemos puesto de relieve, se trata de casos excepcionales[70], si bien no descartables.

Pues bien, desde nuestra perspectiva, en tales situaciones (reiteramos, absolución con intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa), el criterio adoptado en el ámbito

---

[68] Se trata de una situación extraña, pero no imposible: si la absolución se produce en vía administrativa, normalmente tal decisión no es convalidada jurisdiccionalmente ya que el interesado no lo recurrirá y el denunciante, como es conocido tiene unas posibilidades muy reducidas de hacerlo; sin embargo, ni se trata de un criterio universal, ni inmutable desde una perspectiva político legislativa, ni absoluto; alguna posibilidad de recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el denunciante en materia de responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados, puede verse en A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados y legitimación del denunciante en el ulterior proceso contencioso-administrativo», *BMJ* núm. 2.216, Año LXXIII, Febrero 2019, especialmente p. 11 y ss.

[69] Para los detalles, nos remitimos a M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Cap. 16.2.

[70] Reiteramos la cita de M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Caps. 17, 18 y 19.

jurisdiccional contencioso-administrativo vincula al penal. La razón reside en el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, el cual es plenamente operativo en este caso[71]. Es cierto que, desde una perspectiva cronológica, el procedimiento criminal mismo es anterior a la potencial resolución penal que lo decida y revise la previa sentencia jurisdiccional contencioso-administrativa. Por consiguiente, antes de la expresada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, debe verificarse si el doble enjuiciamiento mismo determina una lesión de la dimensión procedimental del principio non bis in idem. Entiendo que, siendo coherente con lo expresado en el punto anterior en el que rechazábamos dicha lesión cuando tan sólo hubo intervención administrativa y posteriormente un fallo condenatorio penal, debe llegarse ahora a igual conclusión. Es cierto que, como hemos expresado supra, el procedimiento penal tiene mayores posibilidades de alcanzar la verdad material, puesto que, por ejemplo, en su seno se pueden adoptar múltiples medidas de investigación que no cabe adoptar en el ámbito del procedimiento jurisdiccional y, adicionalmente, dicho proceso posee una protección penal superior (arts. 458.2 y 463 CP). Sin embargo, la intervención de comunicaciones no cabe en todo procedimiento penal, como tampoco el resto de medidas investigadoras tecnológicas de la LECr. En consecuencia, no entendemos que sea un argumento de suficiente peso como para que por sí solo determine la imposibilidad de duplicar procedimientos, por una parte, el administrativo (seguido de convalidación jurisdiccional) y, por otra, el penal. Ello no empece que, como hemos indicado, la resolución judicial contenciosa sea inamovible.

Ciertamente, como apunta ALONSO MAS, la solución aquí adoptada (si hay intervención jurisdiccional contenciosa se cierra el paso a una posterior intervención jurisdiccional penal por los mismos hechos, sujeto y fundamento) lleva a permitir la duplicación de procedimientos cuando el acto administrativo ha quedado firme por no haberse recurrido y rechazarla cuando ha quedado firme por la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa[72]. Desde mi perspectiva, por una parte, no es irrelevante el dato de la intervención jurisdiccional. Por otra, no puede olvidarse que si ciertamente en España son los tribunales de lo contencioso-

---

[71] Entiendo que en el mismo sentido, J. I. CUBERO MARCOS, «Las aporías del principio non bis in ídem…», p. 277-278; M. J. GALLARDO CASTILLO, *Los Principios de la Potestad Sancionadora. Teoría y Práctica*, Madrid, 2008, p. 300; M. J. ALONSO MAS, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, 2005, p. 69 y ss.; en Alemania, H. SEITZ/M BAUER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 84, 15 y 16.

Sobre el citado derecho y vertiente, véase, por muchas, STC 35/2018 de 23 de abril, FJ 3: «…como se recuerda en la STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 4, con cita de la STC 53/2007, de 12 de marzo, FJ 2, el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que "este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello" (SSTC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo. FJ 2, y 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 18011997, de 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, "el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 96/2005, de 28 de abril, FJ 5, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)».

[72] Id. M. J. Alonso Mas, p. 33.

administrativo los encargados de revisar las sanciones administrativas, en otros países dicha potestad se otorga a la jurisdicción de lo penal. Seguramente pocos dudarían de la imposibilidad de un nuevo procedimiento contra igual sujeto, por idénticos hechos y fundamento, si se cambiase el criterio español y fuesen los tribunales penales los encargados de controlar las decisiones punitivas de la Administración. El dato contingente de la competencia de un determinado orden jurisdiccional no debería cambiar la conclusión.

3.4. Absolución administrativa por prescripción o por defecto procedimental.

Si la previa absolución administrativa lo es por prescripción o defecto procedimental, no creemos que se pueda hablar de bis in idem si se tramita un nuevo y posterior procedimiento penal por los mismos hechos contra igual sujeto y con idéntico fundamento. Si no hubo intervención jurisdiccional, ya que el poder judicial (en este caso la jurisdicción penal) no puede estar vinculado por una previa decisión administrativa (como hemos visto). Si hubo tal intervención jurisdiccional, ciertamente operaría el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales (como también acabamos de ver). Sin embargo, prescripción y defecto procedimental de cualquier índole serán fenómenos con una repercusión estrictamente administrativa, que cursarán de modo necesariamente diverso en el ámbito penal, cuyas reglas procedimentales son distintas y cuyos plazos de prescripción no tienen por qué ser iguales, como tampoco los criterios para entenderlos suspendidos o interrumpidos[73].

4. Supuestos de procedimiento administrativo sancionador posterior al penal (con identidad de sujeto, hecho y fundamento).

4.1. Casos de previo procedimiento penal condenatorio y posterior administrativo.

Desde nuestra perspectiva, bajo determinados requisitos, excepcionalmente, sí que es posible acumular dos procedimientos, uno previo penal y uno posterior administrativo-sancionador, por los mismos hechos, contra igual sujeto y por idéntico fundamento (si bien no es una situación muy probable en la práctica). Presupuesto para ello tiene que serlo la posibilidad de doble sanción material, puesto que ningún sentido tiene un doble procedimiento cuando no es posible una doble sanción. Un análisis de la prohibición de bis in idem material desbordaría el ámbito proyectado de nuestro trabajo[74]. No obstante, instrumentalmente, ponemos de relieve que sí que juzgamos posible esa doble sanción (como apuntábamos al principio de este trabajo, nunca más de dos) cuando concurran, al menos, dos requisitos, basados en el fundamento plural de la prohibición de bis in idem material.

---

[73] En un contexto diverso, pero con igual argumentación, sostiene el Tribunal de Justicia CE (Caso Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, Sentencia de 15 de octubre de 2002) que el principio *non bis in idem* «no se opone en sí mismo a que se reinicie un procedimiento que tenga por objeto el mismo comportamiento contrario a la competencia, cuando una primera decisión ha sido anulada por motivos de forma sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados, de manera que la decisión de anulación no tiene el valor de una "absolución" en el sentido que se atribuye a dicho término en el ámbito punitivo. En semejante caso, las sanciones impuestas por la nueva decisión no se añaden a las impuestas por la decisión anulada, sino que las sustituyen».

[74] Nos remitimos a M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Cap. 7.

a) Que la posibilidad de doble sanción se encuentre expresamente prevista en la Ley[75]. Es discutible si es suficiente con una tácita previsión (por ejemplo, en los casos en los que la misma conducta se incluye en los dos catálogos, en el de infracciones administrativas y en el de los delitos)[76]. Sin embargo, optamos por rechazar dicha posibilidad por dos razones. En primer lugar, ya que en el Derecho punitivo del Estado (sea penal, sea administrativo) rige el principio de legalidad con todos sus corolarios, incluida la exigencia de taxatividad. Sería contrario a ésta permitir la doble punición con la simple doble previsión ya que siempre cabe interpretar que dicha duplicidad de previsiones sancionatorias tiene razón de ser, no para acumularlas, sino, respondiendo a una lógica de subsidiariedad, para los casos en los que uno u otro procedimiento no pueda culminar con éxito, como una especie de cláusula de cierre del sistema que garantizaría la punición. En segundo lugar, debe considerarse que si la norma administrativa es posterior a la penal, no cabe sostener que la primera derogó a la segunda ya que una ley ordinaria (como es el caso normalmente) no puede derogar a una ley orgánica. Sin embargo, si es a la inversa, sí que es posible entender que la norma penal derogó a la administrativa, ya que sí que es concebible que una ley orgánica derogue a una ordinaria (lo que normalmente, en nuestro caso, sucedería de forma tácita).

b) Que la suma de las sanciones impuestas no sea desproporcionada (lo que requiere un examen de cada caso concreto, si bien cabe que ya en abstracto quepa concluir que la sanción global final es excesiva)[77].

Adicionalmente, desde una perspectiva procedimental, debe evitarse que se produzcan contradicciones entre diversos órganos del Estado (y, en caso de producirse, debe priorizarse el criterio penal, por las razones que venimos reiterando, singularmente, su carácter más garantista, sus mayores posibilidades investigadoras y la condición de excepción al principio de separación de poderes característica del Derecho administrativo sancionador).

Las condiciones expresadas entiendo restringen mucho la posibilidad de duplicar un procedimiento penal por medio de uno administrativo posterior (seguramente no haya muchos casos en el sistema español positivo vigente). Es cierto que es posible criticar la conveniencia

---

[75] Es ilustrativo el artículo 50.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades». Precisamente dicho precepto es recordado por el TJUE en relación con el principio *non bis in ídem*, admitiendo que uno de los requisitos para admitir una doble sanción penal y administrativa es que dicha posibilidad se encuentre prevista en la Ley (véase STJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15-Luca Menci», §§ 41-43).

[76] Particularmente complejos son los casos en los que la Ley declara que l responsabilidad administrativa es «independiente» de la penal. Sobre la situación en general, puede verse el trabajo de J. ESTEBAN RÍOS, «Non bis in idem: ¿independencia de la responsabilidad penal y administrativa en materia de valores y entidades de crédito», *REDA* 193, 2018, cuyas líneas generales compartimos.

[77] Considerando que en la situación inversa de la pena se puede descontar la sanción administrativa, no sería impensable que aquí se operase a la inversa. Piénsese que, especialmente, tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es posible que a la persona jurídica se le imponga una pena que resulte ser de inferior importe a la que le correspondería de haberse incoado un procedimiento sancionatorio administrativo. Seguramente en la práctica tal hipótesis no se dará muchas veces, no sólo por tratarse de casos excepcionales de defecto legislativo (no juzgamos de otra manera la posibilidad de que la sanción administrativa sea superior a la penal), sino porque la Administración bien por haber habido ya un procedimiento penal, bien por razones de prescripción no será frecuente que opte por perseguir los hechos.

legislativa de tal decisión, por ejemplo, por razones de economía procesal. Sin embargo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no estimamos, en tales circunstancias, comprometido ninguno. Al respecto, debe considerarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la ya citada STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 8. Si en dicha sentencia se llegó a la conclusión, en un asunto en el que primero sancionó la Administración y luego se condenó penalmente, de que en el estado actual del sistema el procedimiento administrativo no tiene complejidad o entidad suficiente para ser parangonable al penal, no parece haber motivo para llegar a conclusiones contrarias si la situación es la inversa a la en dicha sentencia analizada[78].

Puede plantearse, nuevamente, si la posición adoptada es compatible con la jurisprudencia europea anteriormente descrita, esto es, si en las hipótesis que analizamos concurre «*a sufficiently close connection...in substance and in time*». Asumiendo que en el caso concreto no haya una gran distancia en el tiempo entre los dos procedimientos (para garantizar la conexión temporal), seguramente también se pueda sostener que en tales hipótesis hay suficiente conexión material. Ya hemos visto que el Tribunal Europeo proporciona cuatro criterios para ello que, estimamos, pueden ser salvados en nuestro caso.

a) Los dos procedimientos persiguen fines complementarios. Ya hemos expresado que cuando el TEDH requiere que los dos procedimientos persigan «fines complementarios», puede entenderse que asume la compatibilidad de ambos cuando la sanción impuesta por uno sea insuficiente para agotar lo injusto del hecho; es decir, en los casos en que la pena sea insuficiente desde una perspectiva preventiva o retributiva, singularmente cuando las sanciones a imponer por cada uno de los procedimientos sean diversa naturaleza (una cosa es que la duplicidad sea político-legislativamente criticable, por razones de economía procesal, y otra cosa que con ella, automáticamente, se vulnere derechos fundamentales).

b) Los dos procedimientos son una consecuencia previsible, considerando la ley y la práctica. Específicamente, en cuanto a la seguridad jurídica, entendemos que se encuentra garantizada por una pluralidad de datos. Por una parte, ya que se trataría de una posibilidad prevista expresamente en la Ley. Por otra, en la medida en que estamos hablando de dos procedimientos formalmente muy diversos, seguidos ante órganos del Estado enmarcados en poderes diversos (Poder Judicial y Administración). En tercer lugar, toda vez que existe cierta trayectoria histórica de coexistencia de sanciones penales y administrativas[79], no presente cuando hay homogeneidad

---

[78] *Expressis verbis*, tampoco parece que haya tal problema. En dicha STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 8, se dice: «...no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal -por los mismos hechos y con el mismo fundamento- puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional». Como subrayábamos supra, en la misma sentencia y fundamento se decía que ello ocurriría: «...tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal». De lo que parece desprenderse que el orden de los procedimientos es indiferente.

[79] En España ha destacado la amplia «tradición» de doble sanción administrativa y penal en las leyes, por ejemplo, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y derecho sancionador administrativo*, 1997, p. 61 y ss.; L. ARROYO ZAPATERO, «El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, al prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho*

del órgano punitivo. En cuarto lugar, ya que si, como hemos visto, no se aprecia lesión de derecho alguno, en los casos en los que un previo procedimiento administrativo es seguido por uno penal (la técnica del descuento de la sanción administrativa de la penal indica que no hubo tal previa lesión con la acumulación de procedimientos), no se entendería que sí que se estimara lesión cuando la situación es la inversa: esto es, en los casos en los que el procedimiento penal antecede al administrativo. Por todo ello, en las circunstancias apuntadas, no concurre una razonable expectativa de no volver a ser juzgado por los mismos hechos.

c) La jurisprudencia europea requiere que los procedimientos se desarrollen evitando duplicación de la práctica de pruebas, de forma que lo afirmado en uno se use en el otro. Sin embargo, se trata de una exigencia, cuya vulneración sólo puede verificarse en el caso concreto, contemplada, además en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre[80]. Desde nuestra perspectiva, en todo caso, resulta indudable que la Administración se encuentra vinculada por lo afirmado por los tribunales penales (el derecho a la invariabilidad resoluciones judiciales opera también en este caso), por lo que si hubiera alguna discrepancia entre Jurisdicción y Administración, ésta se puede hacer valer en un potencial recurso contencioso.

d) Existen mecanismos para que la sanción finalmente impuesta en el segundo procedimiento tenga en cuenta la primera evitando sobrerreacciones punitivas. Nuevamente, se trata de un factor cuyo respeto tan sólo puede verificarse en contacto con el caso concreto (por ejemplo, cabe que no haya desproporción si la Ley permite, y se aplica, rebajar la sanción administrativa por debajo del umbral mínimo para ajustarla a las particulares necesidades represivas o preventivas; o cabe que la sanción no sea desproporcionada si de la sanción administrativa se descuenta la previa penal).

Entiendo, por el contrario, que la pretensión de un tercer procedimiento sancionatorio, penal o administrativo, por iguales hechos, sujeto y fundamento, autorizada o no legislativamente, lesionaría definitivamente la seguridad jurídica. Obviamente, detrás de esta última afirmación subyace una valoración no matematizable de lo que resulta excesivo o irrazonable que, entendemos, puede ser muy ampliamente compartida.

4.2. Casos de previo procedimiento penal absolutorio y posterior administrativo. Los supuestos particulares de infracciones administrativas y delitos diferenciados por el elemento subjetivo y los de ejercicio del principio de oportunidad penal.

Es posible que el previo procedimiento penal no haya concluido con una condena. En tal situación el análisis requiere diferenciar diversas posibilidades. Por una parte, se encontrarían los casos de sobreseimiento provisional[81]. Por otra, los de sobreseimiento libre y las sentencias

---

administrativo sancionador. Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, p. 309-10; F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 1998, p. 31 y ss. y 205 y ss.

[80] Dispone el artículo 77.4 de la Ley 39/2015: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

[81] Dispone el artículo 637 LECr: «Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores». Véase STC 40/1988 de 10 de marzo, FJ 3l: «Es cierto que han existido críticas doctrinales al sistema del sobreseimiento provisional,

absolutorias firmes[82]. Al margen quedan aquellos de inadmisión a trámite de querella o denuncia, toda vez que cabe afirmar que el proceso ni siquiera ha comenzado[83], como las hipótesis de inmunidad, en las que, excluida la posibilidad de punición penal, no ha de suceder necesariamente lo mismo en Derecho administrativo sancionador[84].

---

sin que hayan faltado opiniones que ven en él un resurgimiento de la vieja figura de la absolución en la instancia hoy proscrita por el art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hay que dejar constancia de posibles abusos en la utilización práctica de esta figura, pero de ello no puede seguirse su genérica falta de legitimidad constitucional, sino sólo de remedio de tales abusos. No hay -desde luego- falta de legitimidad constitucional, en los casos en que el procedimiento penal no ha llegado a dirigirse contra ninguna persona por no habérsele demostrado la participación de ninguna en los hechos perseguidos, mas tampoco puede formularse la crítica en aquellos otros casos en que, aun habiendo existido con anterioridad un procesamiento, este resulta revocado o levantado. Se ha señalado acertadamente que nada impone a los órganos del Estado la obligación de sostener una acusación que conduzca necesariamente a una absolución por falta de pruebas y que nada debe impedir una eventual y posible reapertura de las investigaciones sumariales si llegan a producirse nuevas pruebas demostrativas de la existencia del delito imputado y de la participación que determinadas personas puedan haber tenido en él, pues nada impone, fuera de los términos de prescripción del delito, una renuncia al ius puniendi del Estado y a la de persecución de las actividades criminales».

[82] Dispone el artículo 637 LECr: «Procederá el sobreseimiento libre: 1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores». Cabe recordar lo que la STC 40/1988 de 10 de marzo, FJ 3l, afirmaba sobre el sistema: «Las consideraciones que antes han sido hechas obligan a entender que la fase preliminar de un proceso penal, conocida con el nombre de sumario o de investigación sumarial, puede concluir legítimamente por una resolución distinta de la Sentencia y, en especial, mediante Auto de sobreseimiento. Así la STC 46/1982, de 12 de julio, declaró que no se puede impugnar constitucionalmente la resolución judicial por el hecho de que en actuaciones de naturaleza penal se produzca una resolución de sobreseimiento, siempre que sean respetadas las garantías procesales. Del mismo modo, la STC 34/1983, de 6 de mayo, reconoció desde el punto de vista constitucional, el sistema del sobreseimiento que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, si bien, en aquel caso, reconociendo que un Auto de sobreseimiento provisional no puede impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se establece un requisito de procedibilidad contra el acusador en los casos de querella falsa. Y efectivamente, en el estado actual de la discusión, no resulta posible formular una crítica de carácter constitucional a la regulación que del sistema del sobreseimiento hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna tacha puede oponerse al sistema del sobreseimiento libre previsto por el art. 637 para los casos en que no existen indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, así como en aquellos otros en que prospera lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina artículo de previo y especial pronunciamiento, según el art. 675...».

[83] Recuérdese cómo sostiene el Tribunal Constitucional que «quien ejercita la acción penal en forma de querella no tiene un derecho incondicionado a la "apertura y plena sustanciación" del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en la que se expresen las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a trámite, sin que, por consiguiente, quede garantizado el éxito de la pretensión punitiva planteada por la parte acusadora y sin que el Estado, verdadero y único titular del ius puniendi, venga obligado a "imponer sanciones penales en todo caso, con independencia de que concurra o no alguna causa extintiva de la responsabilidad penal" (por todas, STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4)...». Asimismo, El Tribunal Constitucional venía entendiendo que no había procedimiento jurisdiccional propiamente dicho con la mera presentación de una querella o denuncia, interpretando la cláusula anterior del artículo 132.2 CP cuando exigía para la interrupción de la prescripción que «el procedimiento se dirija contra el culpable» (por todas, véase STC 63/2005 de 14 de marzo, FFJJ 5 y ss.).

[84] En Alemania, en el mismo sentido, véase F. GÜRTLER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 21, 27.

En caso de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza es perfectamente posible la reapertura del procedimiento penal[85]. Si ello es así, no parece que tal sobreseimiento deba bloquear un posterior procedimiento administrativo sancionador[86], con independencia de que, una vez abierta la vía administrativa, la reapertura de la penal otorgue preferencia a esta última, en los términos que ya hemos examinado. Lo afirmado es especialmente claro en los casos en que no haya una perfecta identificación entre las infracciones penal y administrativa (círculos secantes o concéntricos, en este último caso, siendo la infracción penal menos amplia que la administrativa); no en caso de perfecta coincidencia, especialmente si se considera las menores posibilidades investigadoras de la Administración (lo que será raro, al menos, a la vista de lo ya expuesto: en la mayor parte de los casos cabe la punición de la infracción culposa, aunque ésta no sea relevante en el marco penal). Desde luego, lo que no cabe es que el Juez de Instrucción sobresea provisionalmente y archive por falta de pruebas y con los mismos elementos probatorios la Administración (si infracción y delito son coincidentes) continúe su propio procedimiento; mucho menos que acabe condenando[87]. En definitiva, es posible que, tras el sobreseimiento provisional, se siga un procedimiento administrativo sancionador, cuando no haya una perfecta coincidencia objetiva o subjetiva entre delito e infracción administrativa, pero siempre y cuando la Administración se encuentre vinculada con las conclusiones alcanzadas en el procedimiento penal[88]. Tal conclusión es coherente tanto con el derecho positivo español (77.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre[89]), como con la jurisprudencia europea, en el asunto A and B contra Noruega, parágrafo 132, en el que, como factor para determinar la inexistencia de lesión al derecho a no ser enjuiciado dos veces, se pide considerar en el segundo procedimiento la actividad probatoria desplegada en el primero. Lo indicado será

[85] Véase STC 126/2011 de 18 de julio, FJ 18: «No es ésta la primera ocasión en la que este Tribunal aborda una queja relativa a la supuesta vulneración de la faceta procesal de la prohibición del bis in idem que se derivaría de haberse seguido un proceso penal pese a que con anterioridad se hubiera dictado un Auto de archivo de unas diligencias previas, dictadas en el llamado proceso penal abreviado, como respuesta a una denuncia más o menos genérica de unos hechos semejantes pero con escasa o nula actividad instructora. La respuesta dada en estos casos parte de la doctrina general de este Tribunal en relación con la apreciación de la cosa juzgada por los órganos judiciales, según la cual, la prohibición del bis in idem, invocado por el recurrente, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material [así, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 8; y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9]». En la jurisprudencia del TEDH se ha dicho que la finalidad del artículo 4 del Protocolo número 7 es prohibir la repetición de procedimientos que han concluido con una decisión final. Una decisión es «final» «*if, according to the traditional expression, it has acquired the force of res judicata. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them*» (Zolotukhine, §§ 107 y 108).

[86] Ese parece ser el sentido de la STC 22/1990 de 15 de febrero, FJ 6.

[87] En sentido próximo, F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 1998, p. 560; J. MUÑOZ CLARES/J.M. CABALLERO SALINAS, *Ne bis in ídem. Hechos, penas, sanciones,* 2019, p. 277.

[88] La cuestión puede complicarse si la Administración sanciona por infracción culposa y posteriormente el poder judicial condena por delito doloso, siendo perfectamente coincidentes una y otro desde una perspectiva objetiva. Entiendo que en tales casos, debería operar la técnica del descuento (se resta de la sanción penal la administrativa) o, alternativamente, la posibilidad de anular la sanción administrativa.

[89] Art. 77.4: « En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

posible, especialmente, en los citados casos en los que quepa una sanción administrativa por hechos imprudentes, impunes para el Derecho penal[90].

Cuando de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria en vía penal se trate, la cuestión requiere de un examen relativamente diferenciado[91]. Como punto de partida, no creemos que sea cuestionable la imposibilidad de iniciar o proseguir un procedimiento administrativo sancionador posterior cuando, siendo las conductas constitutivas de delito e infracción administrativa objetivamente coincidentes, la absolución en vía jurisdiccional se hubiese producido por inexistencia objetiva (no hubo hecho punible alguno) o subjetiva (existió, pero no fue llevado a cabo por el acusado) del hecho, por falta o nulidad de pruebas, o por inexistencia del elemento subjetivo del tipo, siempre y cuando, en este último caso, delito e infracción administrativa coincidan (ambas sean dolosas o imprudentes)[92]. En tales hipótesis, la Administración está vinculada por el criterio judicial, a la que se extiende el efecto de cosa juzgada. No es posible que para el Estado el hecho exista y no exista, esté probado y no esté probado al mismo tiempo[93].

Un distinto análisis demandan los supuestos en que las infracciones administrativas objetivamente coincidentes con las penales tengan subjetivamente un campo de aplicación

---

[90] Particularmente compleja se presenta la cuestión en el caso de delitos imputables a las personas jurídicas. Desde nuestra perspectiva, no es posible a nivel de tipicidad diferenciar entre delitos dolosos e imprudentes imputables a las personas jurídicas. El dolo o la culpa serían tan sólo formas de culpabilidad, concebida ésta como defecto de organización; al mismo tiempo entendemos que debe partirse del elemento subjetivo con el que el sujeto físico actuó para la organización o entidad (véase M. GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, Cap. 10). Si ello es así, cuando de delitos imputables a las personas jurídicas se trate, el sobreseimiento provisional por inexistencia de dolo o culpa vinculará a la Administración, puesto que, en tales casos, no hay diferencias sustanciales entre el delito y la infracción administrativa.

[91] Véase ATC 264/2002 de 9 de diciembre, FJ 4: «No es ésta la primera ocasión en la que este Tribunal aborda una queja relativa a la supuesta vulneración de la faceta procesal de la prohibición del bis in idem que se derivaría de haberse seguido un proceso penal pese a que con anterioridad se hubiera dictado un Auto de archivo de unas diligencias previas, dictadas en el llamado proceso penal abreviado, como respuesta a una denuncia más o menos genérica de unos hechos semejantes pero con escasa o nula actividad instructora. La respuesta dada en estos casos parte de la doctrina general de este Tribunal en relación con la apreciación de la cosa juzgada por los órganos judiciales, según la cual, la prohibición del bis in idem, invocado por el recurrente, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material [así, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 8; y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9]». Se pronunciaba en contra de la constitucionalidad de las disposiciones normativas que permiten reanudar el procedimiento sancionador administrativo tras la absolución penal, R. ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa* 61, 2013, p. 46 y ss.

[92] Reiteramos que el Derecho administrativo sancionador se caracteriza por punir conductas dolosas e imprudentes, frente al Derecho penal en el que estas últimas sólo se castigan cuando expresamente así se prevea, sobre la base del artículo 12 CP; véase, de nuevo, M. GÓMEZ TOMILLO/I. SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed, 2017, Cap. 16.2. en el mismo sentido del texto, véase, en Alemania, F. GÜRTLER, *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., 2017, § 21, 3.

[93] Recuérdese que en la jurisprudencia europea para que haya conexión material entre dos procedimientos que los haga compatibles se requiere verificar, entre otras cuestiones, «*whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set*» (§ 132, A and B v. Norway).

superior, por ejemplo, cuando el delito pueda ser sancionado tan sólo a título de dolo, mientras que la infracción administrativa pueda ser punida también como imprudente. En tales casos, la previa absolución jurisdiccional penal por ausencia de dolo no cerraría el paso a un posterior procedimiento administrativo sancionador por infracción culposa.

La cuestión seguramente deba ser planteada en términos diversos cuando la absolución penal se deba a ciertas clases de defecto procesal[94], o al excepcional caso en el que se aprecie la prescripción del delito, pero no pueda decirse lo mismo de la infracción administrativa. Cuando de defecto procesal hablamos, nos referimos, por ejemplo, a una deficiente calificación por parte de la acusación, que no sea homogénea con la procedente (en el caso de absolución por defecto consistente en una deficiente motivación, a su vez depende de las razones de fondo, por ejemplo, si la deficiente motivación lo es de las pruebas de cargo, entendemos que el régimen es el mismo que por ausencia de prueba). En cuanto a la prescripción, caben múltiples situaciones, pero debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de que se inicien actuaciones por parte de la Administración que suspendan la prescripción administrativa con anterioridad a la existencia de un acto procesal que interrumpa la prescripción del delito[95]; es decir, es posible que la prescripción administrativa se interrumpa antes que la penal. Más allá, se requeriría un análisis casuístico que no estimamos pertinente[96].

No creo que, en el primer grupo de casos (absolución por defecto procesal), ciertamente excepcional desde una perspectiva estadística, pueda hablarse de una vulneración del principio non bis in idem en la llamada vertiente procedimental, en la medida en que dicha vertiente está esencialmente orientada a impedir la doble punición y a evitar contradicciones en el seno del Estado. Ni lo uno ni lo otro, en los supuestos que cito se encontraría en juego. Ciertamente también cabe entender que la prohibición de bis in idem procesal va orientada a impedir situaciones de pendencia indefinida, incompatibles con la seguridad jurídica. Sin embargo, la determinación de cuándo se llega al punto en el que resulta excesivo un ulterior procedimiento punitivo, penal o administrativo, es algo que tan sólo se puede determinar en contacto con la

---

[94] Lo que parece estar recogido en el artículo 45.3 LOPSC que en cuanto al carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto al penal, dispone que tras el paso del caso por la jurisdicción penal: «3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal*, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador*. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial». Dicha «resolución de otro tipo» puede referirse a los ya citados casos de sobreseimiento provisional o a los supuestos expuestos en el texto.

Como hemos visto, parece que la jurisprudencia del TJUE se mantiene el criterio del texto; véase STJCE 15 octubre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, asuntos acumulados C238/ 99 P, C244/ 99 P, C245/ 99 P, C247 / 99 P, C250/ 99 P a C252/ 99 P y C254/ 99 P, Rec., p. 18375, § 61.

[95] Un «acto de interposición judicial» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12 c)] o de «dirección procesal del procedimiento contra el culpable» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5).

[96] Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 38.4 LOPSC: «Se interrumpirá igualmente la prescripción como consecuencia de la apertura de un procedimiento judicial penal, hasta que la autoridad judicial comunique al órgano administrativo su finalización en los términos del apartado 2 del artículo 45». Por su parte, el artículo 38.3 LOPSC dispone que «[l]a prescripción se interrumpirá por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado dirigida a la sanción de la infracción». Debe destacarse el distinto régimen seguido en el Derecho penal positivo. Si en Derecho administrativo sancionador se requiere una «actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado», dicha exigencia no está presente en el artículo 132.2. CP: «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1.ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito».

circunstancias del caso concreto[97]. De todas las maneras, por las razones ya expuestas supra, no creemos que un procedimiento administrativo sancionador tras el penal en las circunstancias expuestas genere inseguridad jurídica[98].

Por último, habría que hacer referencia a los casos de sobreseimiento en los limitados casos en los que en España cabe el ejercicio del principio de oportunidad penal. La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal introdujo limitadamente el principio de oportunidad en el ámbito del proceso penal, en relación con los delitos leves. En concreto, el artículo 963 LECr establece que en caso de delitos leves, el Ministerio Fiscal puede pedir el sobreseimiento, bien cuando el delito leve resulte de muy escasa gravedad, bien cuando no exista un interés público relevante en la persecución del hecho[99]. Parece claro que el criterio del Ministerio Fiscal, corroborado judicialmente, no vincula a la Administración. Por consiguiente, en los supuestos en los que se acuerde el sobreseimiento a consecuencia de lo previsto en el

---

[97] Recuérdese que para el TEDH es exigible una conexión temporal entre los dos procedimientos; véase § 134 de A and B v. Norway: «*...the connection in time must be sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time (see, as an example of such shortcoming, Kapetanios and Others, cited above,* § *67), even where the relevant national system provides for an "integrated" scheme separating administrative and criminal components. The weaker the connection in time the greater the burden on the State to explain and justify any such delay as may be attributable to its conduct of the proceedings*».

[98] Por una parte, ya que se trataría de una posibilidad prevista expresamente en la Ley. Por otra, en la medida en que estamos hablando de dos procedimientos formalmente muy diversos, seguidos ante órganos del Estado enmarcados en poderes diversos (Poder Judicial y Administración). En tercer lugar, toda vez que existe cierta trayectoria histórica de coexistencia de sanciones penales y administrativas. En cuarto lugar, ya que si, como hemos visto, no se aprecia lesión de derecho alguno, en los casos en los que un previo procedimiento administrativo es seguido por uno penal (la técnica del descuento de la sanción administrativa de la penal indica que no hubo tal previa lesión con la acumulación de procedimientos), no se entendería que sí que se estimara lesión cuando la situación es la inversa: esto es, en los casos en los que el procedimiento penal antecede al administrativo. Por fin, habría que añadir una quinta razón conexa con las circunstancias que motivaron la absolución, esto es, una deficiente técnica persecutoria, no por razones materiales, de fondo; el sujeto infractor no debería esperar que en tales casos el Estado desista, sin más, de su deber de perseguir el hecho antijurídico. Entiendo que en el mismo sentido del texto T. CANO CAMPOS, *RAP* 156, 2001, p. 225.

[99] En concreto, el artículo 963 LECr dispone: «1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior. El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito». Debe tenerse en cuenta el artículo 105 de la LECr modificado por la Ley de Reforma del CP, conforme al cual «1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada». Sin que podamos detenernos en los detalles, lo que no es posible es interpretar que cuando el citado precepto se refiere a las acciones que «consideren procedentes» está introduciendo un principio de oportunidad general en el marco del Derecho penal. Debe entenderse que tal expresión se refiere a los casos en los que tales funcionarios estimen que concurren hechos que revisten caracteres de delito. Obviamente la cuestión desborda con mucho los límites de este trabajo; por todos, véase P. FARALDO CABANA, *Los delitos leves,* 2016, p. 188 y ss.

citado artículo 963 LECr, nada debería impedir que la Administración iniciara o siguiera adelante con un procedimiento sancionador por los mismos hechos, sujeto y fundamento, mucho menos cuando muchos de esos delitos leves se encuentran previstos como infracciones administrativas en la LOSC[100]. No cabe llegar a conclusiones distintas si el sobreseimiento se produce como consecuencia de la retirada de la acusación, motivada por razones diversas a la del ejercicio del principio de oportunidad.

5. Conclusiones finales.

Sintetizando lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

A) El caso A and B v. Norway supone una convalidación de la técnica del descuento, en los casos en los que haya un previo procedimiento administrativo seguido de uno penal con los mismos sujetos, hechos y fundamento. La conclusión apuntada seguramente deba extenderse a una hipotética (en España) posibilidad de anular la primera condena administrativa.

B) De tal jurisprudencia europea parece deducirse la posibilidad de permitir dos procedimientos (penal y administrativo) cuando cada uno de ellos persiga finalidades diversas, esto es, la infracción aplicable posea un fundamento diverso, siempre que haya una suficiente conexión temporal entre los dos procedimientos.

C) También desde la perspectiva procedimental, la jurisprudencia europea parece permitir una cierta duplicidad cuando haya identidad de fundamento.

D) En caso de previa absolución administrativa por falta de pruebas del hecho objetivo, por la inexistencia (o falta de prueba) de elemento subjetivo, por la apreciación de una causa de justificación, de exclusión de la culpabilidad o personal de exclusión de la punibilidad, sin intervención de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, no hay problema en que posteriormente se tramite un procedimiento penal que concluya en condena por todo lo contrario, debiéndose en tal caso, concluir que la resolución administrativa fue nula.
E) Si, por el contrario, la absolución se lleva a cabo con intervención de la jurisdicción contenciosa por las causas anteriores (habitualmente anulando la previa condena administrativa), el criterio adoptado vincula a la jurisdicción penal, sobre la base del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales. No obstante, si la previa absolución administrativa lo es por prescripción o defecto procedimental (con o sin intervención jurisdiccional), no podría hablarse de bis in idem si se tramita un nuevo y posterior proceso penal por los mismos hechos, contra igual sujeto y con idéntico fundamento, por la estricta vinculación de las particulares normas que lo rigen al procedimiento administrativo.

F) Si de un previo procedimiento penal condenatorio se trata, concurriendo la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, sí que sería posible, excepcionalmente, acumular uno posterior administrativo-sancionador, con conexión temporal, cuando concurran, al menos, dos requisitos, basados en el fundamento plural de la prohibición de bis in idem material: a) Expresa previsión legal. b) Carácter no desproporcionado de la sanción global. Ello sería compatible con

[100] Sobre el particular véase M. GÓMEZ TOMILLO, «Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías», en M. IZQUIERDO CARRASCO/ L. ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, 2019, p. 279-298.

la jurisprudencia del TEDH (evitando la duplicidad probatoria), ya que los dos procedimientos persiguen fines complementarios y son una consecuencia previsible.

G) Cuando haya habido un sobreseimiento libre o provisional o sentencia absolutoria, es posible que se siga un ulterior procedimiento administrativo sancionador, cuando no haya una perfecta coincidencia objetiva o subjetiva entre delito e infracción administrativa, pero siempre y cuando la Administración se encuentre vinculada con las conclusiones alcanzadas en el procedimiento penal. Ello es especialmente posible cuando el delito sea doloso y la infracción administrativa culposa. Si la absolución se debió a un defecto procedimental, la cuestión es discutible, pero entendemos que cabe un ulterior procedimiento sancionador administrativo, al no ponerse con ello en riesgo ninguno de los fines que inspiran la prohibición de bis in idem formal. Nada diverso puede concluirse cuando se aprecie la prescripción del delito, cuyas reglas no necesariamente tienen que coincidir con las administrativas (y se trata de una cuestión de legalidad ordinaria). Por último, en los casos de sobreseimiento en los limitados casos en los que en España cabe el ejercicio del principio de oportunidad penal, el criterio del Ministerio Fiscal, no vincula a la Administración, si bien en la práctica es difícil desoír su punto de vista.

6. Bibliografía

ALARCÓN SOTOMAYOR (2008), *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*.

ALCÁCER GUIRAO (2013), «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa* 61.

ALONSO MAS (2005), *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*.

ARROYO ZAPATERO (1997), «El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, al prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador. Cuadernos de Derecho Judicial*.

BENLLOCH PETIT (1998), «El principio *non bis in idem* en las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario», *Poder Judicial*, 51.

BLANQUER CRIADO, (2018), *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas),* Valencia.

CALVO CARAVACA (2017), «El principio ne bis in idem en el Derecho europeo de la competencia. A propósito de la STJUE 14 de febrero 2012, Toshiba C-17-10)», *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia.

CANO CAMPO (2001), «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *RAP* 156.

CARPIO BRIZ (2012), «Europeización y reconstitución del non bis in ídem —efectos en España de la STEDH *Sergueï Zolotoukhine v. Rusia*, de 10 de febrero de 2009—», S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Constitución y Sistema penal*, Madrid.

CAYÓN GALLARDO (2016), «La vertiente procesal del principio ne bis in ídem: la posibilidad de dictar un segundo acuerdo sancionador cuando el primero ha sido anulado (Parte II)», *Revista Técnica Tributaria* 112.
CUBERO MARCOS (2018), «Las aporías del principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública* 207.

DE LEÓN VILLALBA (1998), *Acumulación de sanciones penales y administrativas*.

DOMÍNGUEZ VILA (1997), *Constitución y derecho sancionador administrativo*.

ESTEBAN RÍOS (2018), «Non bis in idem: ¿independencia de la responsabilidad penal y administrativa en materia de valores y entidades de crédito?», *REDA* 193.

GALLARDO CASTILLO (2008), *Los Principios de la Potestad Sancionadora. Teoría y Práctica*, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid.

GÓMEZ TOMILLO (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed.

GÓMEZ TOMILLO (2019), «Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías», *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana,* (M. IZQUIERDO CARRASCO; L. ALARCÓN SOTOMAYOR, dirs.).

GÓMEZ TOMILLO; SANZ RUBIALES (2017), *Derecho administrativo sancionador. Parte general,* 4ª ed.

GÜRTLER (2017), *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., §§ 21, 41.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2004), *El principio non bis in idem*.

ODRIOZOLA GURRUTXAGA (2019), «Duplicidad de sanciones administrativas y penales en la Unión Europea y en España. Comparación de la jurisprudencia europea y española desde la perspectiva del principio "ne bis in ídem"», *Adaptación del Derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea* (J. L. De la Cuesta Arzamendi, N. J. De la Mata Barranco; I. Blanco Cordero, coords.).

PÉREZ MANZANO (2013), «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer bis in idem al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley* 5802.

PÉREZ MANZANO (2016), «La prohibición de incurrir en bis in ídem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)», *La tutela multinivel del principio de legalidad*, (M. Pérez Manzano; J.A. Lascuraín, dirs.).

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., «"Ne bis in ídem": significados constitucionales», *Política criminal y reforma penal,* 1993.

REBOLLO PUIG (2013), «La actuación inspectora», *Función inspectora* (J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, Coord.), Madrid.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2019), «Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados y legitimación del denunciante en el ulterior proceso contencioso-administrativo», *BMJ* núm. 2.216, Año LXXIII.

SEITZ Y BAUER, (2017) *Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz*, 17 Auf., §§ 84, 86.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2019), «Aturem el Parlament y voces discrepantes A la vez, algunas incoherencias y excesos en recientes propuestas político-criminales sobre delitos de expresión», en prensa.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in ídem en la jurisprudencia», *PJ* 11.

VAN BOCKEL (2009), *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden.

InDret
2.2020

Tipología y régimen jurídico de los sujetos gestores de residencias de mayores

Jorge Castillo Abella
Universidad Autónoma de Madrid
-

Sumario
-
Este trabajo parte de una tipología de los sujetos gestores de residencias de mayores atendiendo a su posición en el sistema residencial de responsabilidad pública. Posteriormente, analiza de forma comparada su régimen jurídico mediante el estudio de varios aspectos que se consideran básicos, como la actividad que conforma la prestación residencial, relación entre el gestor y el residente, los controles a los que se someten los centros, el régimen económico y de responsabilidad aplicable a cada uno de ellos o los requisitos de personal y organizativos que se les exigen. Ello permite, desde un punto de vista analítico, establecer similitudes y diferencias entre los distintos regímenes jurídicos y generar criterios para comparar las ventajas y desventajas de cada uno.

Abstract
-
This paper sets out a typology of subjects who manage homes for senior citizens based on their position within the public system. Each of these subject types' legal regulations are analysed comparatively through the study of certain aspects which are considered fundamental. These are, namely: the activity that shapes residential services, the relationship between the manager and the citizen, the controls to which homes are subject, the applicable economic and liability regulations and the personnel and organisational requirements they must meet. From an analytical perspective, this enables the establishment of similarities and differences between the regulations applicable to each type and the generation of criteria to compare their advantages and disadvantages.

Title: *Typology and legal provisions applicable to nursing homes*
-
Palabras clave: residencias de mayores, servicios sociales, envejecimiento, formas de organización, contratos públicos, conciertos sociales.
Keywords: *nursing homes, social services, aging, organisational devices, public contracts, social agreements.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.15
-

InDret

2.2020

Recepción
05/08/2019
-
Aceptación
22/10/2019
-

Índice

-

1. Introducción
2. Articulación de la relación entre el titular y el gestor del servicio
2.1. En centros públicos
2.2. En centros mixtos
a. Los distintos tipos de concierto
b. Conciertos y concesiones tras la aprobación de la LCSP
2.3. En centros privados
3. Indicadores para la comparación del régimen jurídico aplicable a los sujetos gestores de residencias de mayores
3.1. Actividades que conforman la prestación
a. Actividad formalizada o jurídica
b. Actividad no formalizada o material
3.2. Relación gestor-residente
3.3. Controles
a. Controles previos
b. Controles posteriores
3.4. Imputación a la Administración de la actuación dañosa del gestor frente a usuarios y terceros. Régimen de responsabilidad
a. Responsabilidad por la prestación material del servicio
b. Responsabilidad derivada de la actividad administrativa de control de centros residenciales
3.5. Régimen económico
a. Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario como contraprestación de servicios públicos
b. Las contraprestaciones por la prestación del servicio residencial
3.6. Requisitos organizativos
a. Relevancia de los requisitos organizativos en las prestaciones sociales
b. Requisitos organizativos para los centros residenciales
4. Conclusiones
5. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

No es ninguna novedad que, en las últimas décadas, el sistema de servicios sociales se ha caracterizado por la colaboración entre lo que cabe identificar como acción pública y acción privada. Esta simbiosis se debe a múltiples causas, como la contención del gasto por las Administraciones Públicas o la habitualmente invocada mayor eficiencia del sector privado. Pero esta integración del sector privado en la prestación de servicios sociales puede reconducirse, en último término, al hecho de que la sociedad es uno de los elementos a través de los cuales se realiza la cláusula del Estado social [art. 1.1 de la Constitución Española (en adelante, CE)], junto al trabajo, la familia y el Estado (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 34).

Hay campos como la educación o la sanidad en los que esta colaboración público-privada tiene lugar desde hace décadas. En materia de servicios sociales, un ejemplo de esta colaboración se da en el ámbito de las residencias de mayores. En España hay centros residenciales para mayores de titularidad pública y privada, pero la provisión del servicio público de residencias de mayores se lleva a cabo por ambos tipos de centros, en virtud de distintas fórmulas (infra 2). Por ello, puede decirse que es un sistema mixto.

Conviene desde este momento hacer una precisión en torno a las distintas residencias de mayores en España. *La prestación del servicio residencial corre a cargo de dos «sistemas» distintos*: un sistema de responsabilidad pública y un sistema íntegramente privado, no relacionado con el sector público. Uno y otro tienen características y rasgos comunes y otros distintos, como enseguida veremos. Lo que sí se constata es que el cuidado de los mayores es un servicio que puede ser objeto de una actividad tanto privada —empresarial o de «iniciativa social»— como pública —que puede gestionarse directamente o a través de privados—.

Desde un punto de vista legislativo, sin embargo, es indudable que el sistema que más atención ha recibido por parte de las leyes autonómicas sobre servicios sociales es el de responsabilidad pública. Esto es clara consecuencia del hecho de que es necesaria la intervención legislativa para su creación y funcionamiento, al contrario de lo que sucede con las residencias privadas. Se ha propuesto también que la causa de este desequilibrio en la atención legislativa se debe a la intención del legislador autonómico de que la Administración acapare la prestación del servicio, desplazando a la iniciativa

---

* Autor de contacto: *Jorge Castillo Abella, jorge.castillo@uam.es*.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2016-75987-R, «Aging Cities», del que son investigadores principales los profesores Silvia Díez Sastre y José María Rodríguez de Santiago. Agradezco a José María Rodríguez de Santiago y a Juan José Bestard Perelló los útiles comentarios realizados a un borrador de este trabajo en el Seminario de Investigadores en Formación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado el 26 de abril de 2019.

Abreviaturas utilizadas: ATS: Auto del Tribunal Supremo; CC: Código Civil; CE: Constitución Española; LCSSM: Ley de Centros y Servicios de Acción Social y Mejora de Calidad de los Servicios Sociales de Madrid; LCSP: Ley de Contratos del Sector Público de 2017; LEF: Ley de expropiación forzosa; LGT: Ley General Tributaria; LPAC: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; LSSA: Ley de Servicios Sociales de Andalucía; LSSAr: Ley de Servicios Sociales de Aragón; LSSCL: Ley de Servicios Sociales de Castilla y León; LSSC: Ley de Servicios Sociales de Cataluña; LSSCV: Ley de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana; LSSM: Ley de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; LSSPV: Ley de Servicios Sociales del País Vasco; LTPP: Ley de Tasas y Precios Públicos; LSTV: Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; RSCL: Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STSJM: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Fecha de cierre: 30 de julio de 2019.

sin ánimo de lucro a un papel secundario y omitiendo por completo la mención a la iniciativa con ánimo de lucro —al menos en las primeras normas sobre la materia— (FERNÁNDEZ RAMOS, 2008, p. 99). Esta afirmación ha perdido vigencia en lo relativo a las entidades sin ánimo de lucro, pues las actuales normas sobre la materia les otorgan un claro protagonismo. En cualquier caso, no se sabe cuál era la intención de cada legislador autonómico, pero sí se verifica que las normas autonómicas son muy densas en lo relativo al sistema público de servicios sociales, mientras que establecen una regulación sensiblemente más escasa para la iniciativa privada no colaboradora con la Administración.

Dentro del amplio abanico de lo que se incluye en la categoría de acción social —o servicios sociales— suele distinguirse de forma básica entre prestaciones económicas o dinerarias y técnicas o de servicio (BELTRÁN AGUIRRE, 1992, pp. 281-286, VAQUER CABALLERÍA, 2002, pp. 171-176, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 95-96). Algunas leyes autonómicas sobre servicios sociales acogen esta distinción[1], mientras otras establecen una clasificación triple entre prestaciones técnicas, económicas y tecnológicas[2], o técnicas, económicas y materiales[3]. Es habitual que estas leyes indiquen que las prestaciones económicas no puedan ser gestionadas por privados, pero que permitan esta posibilidad para las prestaciones de servicio-materiales, como es el caso de la gestión de residencias de personas mayores[4]. Ello implica que los titulares-gestores de residencias de responsabilidad pública sean no sólo Administraciones Públicas, sino *también actores privados que se someten al control administrativo* en mayor o menor medida, dependiendo de su vinculación a la prestación del servicio social correlativo —y de la comunidad autónoma en que se encuentren—, y que intervienen activamente en el funcionamiento del sistema público de prestación de este servicio residencial. Pero no sólo eso: también hay privados que prestan servicios análogos a los de responsabilidad pública, pero no se integran en el sistema público ni son colaboradores de la Administración.

El objeto de este trabajo es identificar los indicadores fundamentales que configuran el régimen jurídico de cada tipo de gestor de una residencia de mayores y comparar en qué áreas coinciden o se distinguen unos de otros. Por tanto, no son objeto de este trabajo las normas aplicables a las personas físicas que están al frente y se ocupan de la dirección ordinaria y ejecución de la gestión diaria de estos establecimientos.

Se advierte en este punto que, a efectos expositivos, se traza una distinción triple entre los distintos centros residenciales de mayores: centros públicos —propios de las Administraciones—, centros mixtos y centros íntegramente privados —sin relación de colaboración con la Administración—. Esta clasificación dista de ser exacta, pues la categoría de centros mixtos es deliberadamente imprecisa e incluye una variedad de tipos, como se expone a continuación. Es claro que los centros que integran esta categoría no son equiparables en muchos aspectos, pero las similitudes en sus respectivos regímenes jurídicos aconsejan agruparlos aquí a efectos expositivos. En cualquier caso, hay que advertir que con gestión mixta no me refiero a que la gestión del centro sea compartida entre la

[1] Art. 46 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 248 de 29.12.2016) (en adelante, LSSA).

[2] Art. 20.2 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña (DOGC núm. 4990 de 18.10.2007) (en adelante, LSSC) o art. 14.2 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco (BOPV núm. 246 de 24.12.2008) (en adelante, LSSPV).

[3] Art. 15 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 88 de 14.4.2003) (en adelante, LSSM).

[4] En el ámbito más restringido de la dependencia, una previsión análoga se contiene en el art. 25.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299 de 15.12.2006) al hablar de «centros propios y concertados» de la Administración para prestar los servicios correspondientes.

Administración y el sujeto privado. Esta clasificación sirve al único propósito de caracterizar los principales rasgos del régimen aplicable a cada sujeto gestor de centros *según su posición relativa al sistema público* de prestación del servicio residencial para mayores. Por ello, una forma útil de realizar este análisis es mediante el contraste para cada indicador entre los distintos tipos de centros.

2. Articulación de la relación entre el titular y el gestor del servicio

Con carácter previo al análisis del régimen jurídico aplicable a cada tipo de centro, interesa estudiar la posición de cada sujeto gestor respecto de la Administración responsable del servicio público residencial. En un nivel básico pueden distinguirse tres grandes situaciones que se corresponden con la clasificación que se ha propuesto entre *centros públicos, mixtos* y *privados*.

> Conviene hacer una breve precisión sobre las ideas de titularidad y responsabilidad. La titularidad del servicio identifica a aquel que tiene la competencia o capacidad para prestar el servicio por sí mismo. La responsabilidad sobre el servicio alude a la obligación de la Administración de garantizar que esos servicios se prestan, independientemente de cómo (*Verantwortung*). Por eso se habla de servicios de responsabilidad pública. Y, a su vez, esta responsabilidad es distinta de aquella en la que puede incurrir el prestador público o privado de un servicio por haber causado un daño durante la prestación (*Haftung*).

2.1. En centros públicos

En los centros públicos, la Administración es *titular y gestora* del centro, en el que se dispensa un servicio de su responsabilidad. Independientemente de cómo se articule orgánicamente esta dualidad, ello no tiene mayor relevancia para este estudio en la medida en que aquí no hay dos sujetos, sino uno —la Administración como organización personificada (GALLEGO ANABITARTE (1993, p. 93)—. Es una cuestión de Derecho de la organización que poco influye, pues al fin y al cabo no hay un concurso de voluntades, sino una misma voluntad manifestada dos veces.

2.2. En centros mixtos

Los centros mixtos se caracterizan porque el sujeto gestor de la residencia es privado, pero en ella se presta un servicio de responsabilidad pública cuya organización corresponde la Administración. Una primera distinción puede trazarse en función de *si el gestor privado es titular de la residencia o no*. Si lo es, lo que sucede es que ha acordado con la Administración ofrecer todas o parte de sus plazas a usuarios del sistema público de residencias, habitualmente mediante la figura del concierto. Por el contrario, en los casos en los que la Administración es la titular de la residencia, pero ésta se gestiona por una entidad privada —no vinculada o dependiente—, estamos normalmente ante un contrato de servicios o de concesión de servicios.

Dentro de esta clasificación, los centros concertados requieren un análisis más pormenorizado, por dos razones. La primera es que «concierto» no significa lo mismo en función de la comunidad autónoma de la que se trate. La segunda es que, tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272 de 9.11.2017) (en adelante, LCSP) ha desaparecido el tipo contractual de gestión de servicios públicos, lo que obligará a reinterpretar esta clasificación entre centros concertados y concedidos.

a. Los distintos tipos de concierto

Las leyes autonómicas sobre servicios sociales no siempre atribuyen al concierto, a la concertación, al concierto social o a la acción concertada un mismo contenido. Esta desafortunada polisemia, que dificulta la precisión en el análisis, encierra al menos tres significados:

(a) En algunas comunidades el concierto se regula como un modo de gestión de servicios sociales *distinto de un contrato público*, según declara expresamente la ley autonómica respectiva. Así sucede, por ejemplo, en Aragón o la Comunidad Valenciana. Me refiero en lo sucesivo a esta configuración no contractual del concierto como acción concertada.

Los arts. 21 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (BOA núm. 132, de 10.7.2009) (en adelante, LSSAr) y 34 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 8491 de 21.2.2019) (en adelante, LSSCV) establecen una distinción tripartita entre las opciones disponibles para la gestión de servicios sociales públicos: (i) gestión directa o medios propios; (ii) gestión indirecta conforme a la normativa de contratos del sector público; y (iii) acuerdos de acción concertada con otras entidades públicas o privadas. Ello indica ya una tendencia a considerar que la acción concertada es algo distinto a una forma *indirecta* de gestión de servicios, cuya explicación probablemente se encuentra en la intención de diferenciar los conciertos de los contratos públicos, especialmente del de gestión de servicios públicos —ya que es evidente que tanto este concierto no contractual como un contrato son formas indirectas de gestión—. Esta distinción se recoge expresamente en el art. 87.1 LSSCV, que establece que «los acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual». Idéntica expresión contiene el art. 3 de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de Aragón (BOA núm. 243, de 20.12.2016). Como es evidente, la decisión sobre si estos acuerdos de acción concertada deben considerarse contrato o no no depende de lo que establezcan las leyes autonómicas, sino de si entran dentro del concepto funcional correspondiente de las Directivas de contratación —STJUE 18.7.2007 (as. C-382/05, Comisión/Italia, Rec. p. I-6659, ap. 31), sobre concesiones de servicios—. Por ello, están sometidos a las Directivas siempre que sean materialmente contractuales, y viceversa.

En algunas comunidades autónomas (Aragón, Comunidad Valenciana) el uso de los contratos públicos queda reservado para la contratación con entidades con ánimo de lucro.

(b) Otras comunidades lo regulan como un *tipo específico o modulado de contrato público*, parcialmente distinto del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto previsto en el antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE núm. 276 de 16.11.2011) (en adelante, TRLCSP). Este tipo modulado se somete así en primer lugar a la normativa autonómica que lo desarrolla. Casos claros son el andaluz y el vasco, dado que los arts. 101.3 LSSA y 61.1 LSSPV declaran que el concierto social es una modalidad diferenciada del concierto del TRLCSP. La norma andaluza especifica además que deberán someterse a los «principios informadores de la normativa europea en materia de contratación». El problema que se plantea aquí es la posible incompatibilidad de la normativa autonómica con la nueva regulación de la LCSP.

La normativa europea sobre contratos públicos reconoce a los Estados miembros un margen de libertad para organizar la prestación de servicios públicos siempre que concurran ciertos requisitos, y en la medida que sea estrictamente necesario [véanse los cdos. 53 y 54 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de

concesión, y 114 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. L094 de 28.3.2014], como se dirá a continuación. No obstante, se ha señalado que es sumamente difícil determinar con nitidez cuándo estamos ante un caso en el que los Estados miembros pueden hacer uso de esa libertad de configuración para inaplicar las Directivas (GARRIDO JUNCAL, 2017, p. 89). Estas consideraciones son aplicables tanto a los conciertos no contractuales como a aquellos conciertos modulados por la legislación autonómica para distinguirlos del contrato de gestión de servicios públicos —que era el tipo contractual vigente cuando se aprobaron varias de esas normas autonómicas—.

(c) El tercer modelo autonómico de concierto es el que entiende que se trata de un *auténtico contrato público* de la LCSP. Es el caso de la Comunidad de Madrid, cuya normativa sectorial (art. 36.2 LSSM) directamente remite a la legislación estatal sobre contratos públicos. Por tanto, los problemas que se plantean en estos casos son los que se derivan con carácter general de la nueva regulación básica de los tipos contractuales de prestación de servicios.

b. Conciertos y concesiones tras la aprobación de la LCSP

Como se ha señalado, dos de las tres modalidades de concierto son contractuales, así que la eliminación por la nueva LCSP del contrato de gestión de servicios públicos implica cambios notables en esta categorización de los conciertos.

En primer lugar, los conciertos que se identificaban plenamente con la modalidad concertada del contrato de gestión de servicios públicos, como sucedía en Madrid, hay que intentar reconducirlos a los tipos contractuales que se prevén en la nueva LCSP. Como punto de partida podemos tomar la DA 34ª LCSP, que establece que las referencias al antiguo contrato de gestión de servicios públicos se entenderán hechas al de concesión de servicios, siempre que las normas aplicables a ésta sean adecuadas. Más allá de la dificultad de determinar esta adecuación, es claro que no en todos los casos será posible esta remisión automática, pues la concesión se caracteriza por la transferencia al contratista del riesgo operacional —ya sea concesionario de obras o de servicios (arts. 14.4 y 15.2 LCSP)—, rasgo que la distingue del concierto contractual del antiguo art. 277.c TRLCSP. Dicho en otras palabras: esta remisión a la nueva concesión de servicios *sólo funcionará bien con la modalidad de concesión* del antiguo contrato de gestión de servicios públicos, pero no con la modalidad de concierto.

La asunción del riesgo de explotación por el contratista también era característica de las concesiones bajo el TRLCSP, aunque no hubiera una declaración legal tan clara al respecto. Para concesiones de servicios, SSTJUE 13.10.2005 (as. C-458/03, *Parking Brixen*, Rec. p. I-8612, ap. 40) y 15.10.2009 (as. C-196/08, *Acoset SpA*, Rec. p. I-09913, ap. 39).

Por tanto, es necesario buscar el encaje del concierto del TRLCSP en otro tipo contractual. Bajo esta clase de concierto, la Administración contrataba con terceros que venían realizando prestaciones análogas a las que constituían un servicio público de su competencia (art. 277.c TRLCSP), para que esas prestaciones pasaran a ser también parte del servicio público que presta la Administración. La alternativa obvia en la LCSP es el *contrato de servicios*, que puede tener como objeto la realización por el adjudicatario de una actividad que consista en la ejecución de un servicio de forma sucesiva y por precio unitario (art. 17 LCSP). Y el hecho de que se establezcan especialidades para los contratos de servicios «que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía» (art. 312 LCSP) indica que sirven también para prestar servicios públicos, por lo que puede sostenerse que, a grandes rasgos, este

nuevo contrato de servicios es apto para reemplazar a las viejas modalidades de concierto y gestión interesada (VILLAR ROJAS, 2018, pp. 86-87. Otra opinión, BERNAL BLAY, 2018, p. 2816, nota al pie 28, que señala que la LCSP ha eliminado la modalidad concertada del TRLCSP reconduciéndola a la figura de la concesión de servicios).

Lo que se acaba de decir se refiere a los conciertos previstos en la legislación autonómica que realizaba una remisión directa al TRLCSP. Pero *consideraciones similares pueden realizarse en relación con los conciertos contractuales modulados* por las normas autonómicas sobre servicios sociales, por dos razones: el Estado es competente para regular las bases de la legislación sobre contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18ª CE), y porque en todo caso deberán sujetarse a lo que establezcan las Directivas europeas sobre contratación pública.

> A pesar de ello, lo habitual es que las normas autonómicas que regulan conciertos —en cualquiera de las tres modalidades que aquí hemos distinguido— invoquen su competencia exclusiva en materia de servicios sociales, no su competencia para el desarrollo de la legislación básica del Estado sobre contratos públicos. A título de ejemplo pueden citarse los preámbulos de la LSSAr, la LSSA, la LSSC y la LSSM.

Esta primacía del Derecho europeo también afecta a aquellas normativas autonómicas que optan por la acción concertada «no contractual». No cabe duda de que, a los efectos de las Directivas, es irrelevante si el Derecho nacional —estatal o autonómico— califica como contrato público un acuerdo de acción concertada, pues deberá considerarse como un contrato si entra dentro del concepto del mismo que las Directivas ofrecen. Otra cosa es que, tras admitir que los contratos de servicios sociales tienen normalmente una dimensión transfronteriza limitada, sea la propia Directiva la que permita que se les apliquen requisitos simplificados (cdo. 114 de la citada Directiva 2014/24). Es decir, el hecho de *que la acción concertada no se considere contrato público a nivel interno no implica que no deba considerarse tal cosa a efectos del Derecho europeo* (DÍEZ SASTRE, 2019, pp. 253 y ss.).

Esta última afirmación debe matizarse para dejar únicamente apuntado que la variedad de entidades que intervienen en los servicios sociales no debe llevar a un tratamiento idéntico de todas ellas. No debería recibir el mismo tratamiento una fundación del sector público o creada por una entidad bancaria que una asociación creada por vecinos que deciden realizar alguna actividad de carácter social. La idea de participación e iniciativa social en la gestión de servicios, de tercer sector social, está presente en ésta última, pero no parece estarlo en las primeras, ya que sólo en la última se da un verdadero fenómeno asociativo de abajo arriba. Aunque todas esas entidades «sociales» carezcan formalmente de ánimo de lucro, la idea de solidaridad a la que aluden las SSTJUE 11.12.2014 (C-113/13, *Spezzino*, ap. 53 y 60) y 28.1.2016 (C-50/14, *CASTA*, ap. 63) está ligada a la de voluntariado, por lo que *es cuestionable que pueda predicarse de todas las entidades sin ánimo de lucro* (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2017, p. 1045). De hecho, ambas sentencias se refieren a adjudicaciones directas a «organizaciones de voluntariado», no a cualesquiera entidades sin ánimo de lucro. Aunque las normas autonómicas no suelen incorporar esta distinción, hay alguna excepción como la Ley 10/2018, de 22 de noviembre, del Tercer Sector Social de Extremadura (DOE núm. 230 de 27.11.2018) (art. 2.1). En ella se regulan conciertos no contractuales con entidades del Tercer Sector —aunque habrá que comprobar si son, o no, contratos desde la perspectiva europea—. Por su parte, el Preámbulo de la LSSCV (ap. III) explica la distinción que se traza en la Comunidad Valenciana entre entidades de iniciativa social y de iniciativa mercantil y señala cómo incorpora la doctrina de estas dos SSTJUE al regular los acuerdos de acción concertada con aquéllas —algo similar sucedió también en Aragón—.

Sin embargo, es criticable que la separación entre ambos tipos de entidades se haga en función del ánimo de lucro (art. 85 LSSCV), no de los criterios de solidaridad y voluntariado, lo que probablemente vulnera la doctrina del TJUE que el Preámbulo dice respetar. Y el otro requisito que exige el TJUE es que la decisión de adjudicar a estas entidades la prestación del servicio es que responda a objetivos de eficiencia presupuestaria, lo que deberá ser también objeto de comprobación.

> El art. 87.2.g LSSCV recoge la eficiencia presupuestaria como principio de actuación de las Administraciones valencianas en materia de acción concertada. También especifica que la contraprestación percibida por las entidades concertadas cubrirá, como máximo, los costes de la prestación del servicio, *sin incluir beneficio industrial*.

Lo que se acaba de explicar es una interpretación de la jurisprudencia europea. Por ello, sin perjuicio de lo que pueda arrojar un estudio detallado del juego entre la nueva LCSP, las Directivas europeas de contratación y las normas autonómicas sobre conciertos, al efecto de este análisis es posible trabajar con las siguientes hipótesis, conforme a lo que se acaba de exponer:

(a) La antigua concesión de gestión de servicios públicos se corresponde con la nueva concesión de servicios, siempre que entrañe traslación del riesgo operacional al contratista.

(b) Los conciertos contractuales son reconducibles a la figura del contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía. En los casos de conciertos contractuales modulados por normas autonómicas, la LCSP deberá operar como norma básica.

> Dada la configuración típica de los conciertos contractuales, resulta muy improbable que conlleven una transmisión del riesgo operacional al concertado que obligue a considerar materialmente al concierto como una concesión de servicios. Si así fuera, el tratamiento que deberían recibir es el de estas últimas, no el del contrato de servicios.

(c) Los acuerdos de acción concertada deberán ajustarse a las Directivas sobre contratación —como mínimo, en lo referido a los servicios sociales que reciben un tratamiento simplificado en las Directivas—.

Ello no obstante, nada impide que las Administraciones que antes de la LCSP adjudicaban concesiones de gestión de servicios públicos adjudiquen ahora contratos de servicios, incluso para la gestión integral de residencias, siempre que se respeten los elementos de cada tipo contractual —transmisión o no del riesgo operacional—.

2.3. En centros privados

En los centros privados, el servicio residencial que se presta no es de responsabilidad pública, al contrario de lo que sucede con los centros públicos y mixtos. En consecuencia, se da la circunstancia opuesta a la situación en los centros públicos: si en los públicos no se articula la relación con la Administración por ser la titularidad y la gestión administrativas —o se articula de forma organizativa interna—, en los privados *tampoco se articula relación alguna porque tanto la titularidad como la gestión son privadas*. Todo ello sin perjuicio de los controles administrativos a los que puedan someterse, como luego se analiza (infra 3.3).

3. Indicadores para la comparación del régimen jurídico aplicable a los sujetos gestores de residencias de mayores

Para determinar los elementos fundamentales del régimen jurídico que se aplica a cada sujeto gestor de residencias de mayores, he tomado unos indicadores que considero básicos para el análisis. Estos indicadores reflejan los rasgos que puede adoptar la situación o la actuación de los gestores, lo que permitirá discutir, para cada tipo, si ese aspecto de su régimen jurídico es más cercano al Derecho público o al Derecho privado, en función del «valor» que adopten. Ello servirá para identificar algunas ventajas e inconvenientes de optar por una u otra forma de organización de las residencias de mayores. Estas variables son las siguientes: (i) cómo se articula la relación entre la Administración y el gestor; (ii) qué actividades conforman la prestación; (iii) cómo se configura la relación entre el gestor y el residente; (iv) a qué controles administrativos se someten los gestores; (v) si su actuación es imputable a la Administración y qué régimen de responsabilidad se aplica; (vi) cuál es el régimen económico del sujeto gestor en relación con el servicio que presta; y (vii) qué requisitos de organización y personal se exigen al sujeto gestor.

3.1. Actividades que conforman la prestación

La prestación que reciben los usuarios de las distintas residencias debe reunir ciertos requisitos y ejecutarse del modo que se haya establecido. Hay así dos vectores que influyen en la prestación que finalmente recibe el usuario: *el que prescribe con carácter previo cómo debe ser la prestación, y el modo en que se ejecuta la prestación en sí.* Por ello, este indicador trata de identificar los tipos de actividades que conforman la prestación resultante y cómo juegan entre sí en cada centro residencial. Me refiero a aquellas actividades de las que el residente es receptor. En función de cómo se realice esta configuración, gestores y usuarios de la residencia verán dirigida o limitada su posición naturalmente conformadora de la prestación.

a. Actividad formalizada o jurídica

La primera distinción que debe trazarse es la que existe entre *actividad formalizada y no formalizada*. Es frecuente en la doctrina administrativista que, a la hora de distinguir entre ambas actividades de la Administración, se cite como rasgo distintivo el carácter jurídico de la primera frente al carácter informal o material de la segunda. De este modo, es la actividad administrativa formalizada-jurídica la susceptible de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, al contrario de lo que sucede con la actividad administrativa no formalizada-informal-material (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995, p. 574, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017a, p. 867). El ejemplo por antonomasia de actividad administrativa formal es el acto administrativo (GALLEGO ANABITARTE *et al.,* 2001, § I.1.3), aunque no deben olvidarse la norma, el contrato o el convenio.

A estos efectos, me parece que es más útil distinguir entre actividad jurídica y actividad material, pues esta contraposición se fija en su *capacidad de afectar a situaciones jurídicas, y no en si reviste una determinada forma.* Todo ello no implica que la actividad material sea ajena al Derecho, pues éste puede regularla —del mismo modo que puede determinar si es lícita o ilícita (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017a, pp. 867-868)—, lo que sucede es que es inidónea para alterar la realidad jurídica existente en cada momento; carece de «vinculatoriedad» por predominar en ella el elemento fáctico (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995, pp. 573-574).

Sobre los distintos significados de «informalidad», VELASCO CABALLERO (1998, pp. 58-59). Dejo para otra ocasión la cuestión de si las actuaciones materiales o informales deben tipificarse también como forma (SCHMIDT-AßMANN, 1993, pp. 29-30).

Con estas coordenadas se intuye sin dificultad que el tipo de actividad que determina *con carácter previo* los requisitos configuradores de la prestación concreta es la actividad formalizada o jurídica. Esta actividad cuenta con dos niveles básicos:

(a) Un nivel abstracto en el que las normas gobiernan la prestación de servicios residenciales. En este nivel se sitúan las disposiciones de carácter general que regulan la actividad de las residencias y el acceso a las mismas.

(b) Un nivel concreto en el que es el acto administrativo o el contrato el que regula las especificidades de la prestación que recibirá el usuario.

Como ya se ha mencionado, las normas que regulan la prestación de servicios residenciales —con carácter imperativo, al menos— son muy densas cuando ordenan los servicios de responsabilidad pública pero menos densas cuando se ocupan de los centros privados. Esto es cierto tanto para normas con rango de ley como para normas infralegales. Aun así, es innegable que hay numerosas normas que tienen como destinatarios a los centros privados, por lo que no puede decirse que se trate de un sector caracterizado por su escasa regulación. Sentado esto, puede afirmarse que la actividad jurídica abstracta tiene más peso relativo en los centros públicos y mixtos que en los privados a la hora de configurar la prestación.

Un ejemplo claro lo constituyen los reglamentos sobre acreditación de centros, pues la acreditación suele establecer unos requisitos dirigidos fundamentalmente a centros mixtos e, indirectamente, también a centros públicos [infra 3.3.a(ii)]. El margen conformador en los centros mixtos se ve también constreñido por el instrumento que articule la relación entre la Administración y el gestor privado del centro.

Y, como consecuencia de ello, *el espacio conformador que resta a la actividad jurídica concreta en los centros públicos y mixtos es menor que en los centros privados*. No obstante, tampoco hay que exagerar la diferencia de margen existente entre unos y otros. Correlativamente, la actividad jurídica concreta tendrá algo más de protagonismo en los centros privados que en los públicos, dado el mayor espacio regulativo que dejan las normas al acto o al contrato. Ejemplos de actos administrativos conformadores son los de reconocimiento del derecho a disfrutar de las prestaciones en determinadas condiciones o los que establecen la necesidad de que el residente asuma un copago por disfrutar del servicio.

b. Actividad no formalizada o material

No obstante, todo lo anterior no debe llevar a la conclusión —errónea a mi juicio— de que la configuración de la prestación se logra únicamente a través de la actividad jurídica. El acto administrativo no es lo más característico de las prestaciones de servicio —al contrario de lo que sucede con las prestaciones económicas, pues éstas consisten normalmente en el reconocimiento de

un derecho[5]—. *La clase de actuación más típica de las prestaciones de servicio es justamente la actuación material* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 110). Y aún hay otros elementos que influyen en el resultado final, como la forma en que esté organizado el propio centro —por ejemplo, si está adscrito a una confesión religiosa—.

Ello parece no plantear mayores problemas en el caso que nos ocupa: la provisión del servicio de residencia a mayores es una actividad material dirigida a esos usuarios. Podría entenderse así que esto es un falso indicador, pues siempre se mantiene constante independientemente del tipo del sujeto gestor. En realidad, el régimen de la actuación material de unos y otros gestores puede diferir notablemente, lo que obliga a distinguir entre la actividad material que se enmarca en los servicios de responsabilidad pública y la que no.

Para resaltar la importancia que reviste la actividad material en la conformación de prestaciones como la residencial no puede olvidarse que el acto administrativo carece de eficacia regulativa completa (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 148-149), al igual que sucede con el contrato privado. La actividad jurídica es útil para prescribir previamente cómo debe ser la prestación, pero es claro que no puede fijarla ex ante. En otras palabras, el acto administrativo es inidóneo para ejecutar la prestación, sólo sirve para establecer *cómo debe ejecutarse*. La ejecución en sí es actuación material, situada por tanto más allá de las formas administrativas típicas (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995, pp. 579-580). Ello explica la renovada importancia que tiene el estudio de la actuación administrativa material en ámbitos como el residencial.

> Estos últimos proponen una clasificación de actuaciones materiales informales en las que una de las clases es la actuación material de ejecución. A nuestros efectos, podemos asumir que toda la actividad material en los centros residenciales es de ejecución, pues aquí un ejercicio de clasificación no tendría un interés tanto analítico como taxonómico.

En los centros públicos y mixtos, esta actividad material consiste en dispensar una prestación pública. Como es obvio, en los primeros se ejecuta directamente por la Administración, mientras que en los segundos la actividad material la realiza un privado ajeno a la organización administrativa al que la Administración encomienda su ejecución. De este modo, los centros mixtos suelen ejecutar prestaciones públicas bajo la figura del contrato público de servicios o concesión de servicios o de la acción concertada —gestión indirecta—. Pero en todos los casos *lo que se dispensa es, en definitiva, un servicio público*, y por ello son los centros públicos y mixtos los que se integran en los sistemas autonómicos de servicios residenciales.

Lo contrario sucede en los centros privados, dado que no se integran en el sistema público de residencias de cada comunidad autónoma. Por tanto, aunque la prestación del servicio es indudablemente una actividad material, la actividad que realizan los centros privados no es administrativa y, por tanto, *no constituye una prestación pública*. Y ello por la sencilla razón de que no puede hablarse de actuación administrativa en la medida en que los dos sujetos de la relación prestacional son privados —residente y gestor del centro— y la prestación no es objetivamente administrativa, no estando sujeta, por tanto, al Derecho administrativo (VELASCO CABALLERO, 2014a, pp. 88-93). Se está así ante una mera obligación civil de hacer, cuya dinámica se rige primariamente por normas distintas a las que gobiernan la actividad material en los centros públicos y mixtos. Esta

[5] En estos casos, la actividad material se limitaría a la realización efectiva del pago.

circunstancia tiene consecuencias evidentes tanto en el margen que resta para la configuración del servicio como en el régimen jurídico de su gestor o titular. Con esto no se ignora que la prestación del servicio de residencia por privados también debe respetar los estándares fijados en la normativa aplicable —actividad jurídica abstracta—. Lo que se pretende es poner el foco en el hecho de que el Derecho administrativo interviene en los centros privados libres para garantizar unos estándares *mínimos*, mientras que en los centros públicos el Derecho administrativo trata de conformar la *totalidad* de características de la prestación recibida por el residente. Y, por ello, las consecuencias prácticas de esta circunstancia en el caso de centros íntegramente privados afectan a la conformación de la prestación, a la dinámica del cumplimiento y a la extinción de la relación prestacional.

De esta forma, y sin perder de vista en exceso que este trabajo pretende ocuparse de la perspectiva del titular del centro, puede esperarse que *el usuario tenga más capacidad de influencia para conformar la prestación en un centro privado libre que en uno público* —al menos por la mayor flexibilidad del primero para atender preferencias que no derivan de necesidades del usuario, lo que se corresponde también con una lógica lucrativa y no de servicio público—. Correlativamente, el gestor del centro también podrá configurar el servicio que presta conforme a sus preferencias, siempre que respete los estándares mínimos exigidos para todos los centros residenciales. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que sigue vigente entre las partes el principio de autonomía de la voluntad.

> Aunque es cierto que el ámbito para esta autonomía se ve sustancialmente reducido en ámbitos como el residencial, pues la intensidad regulatoria es tal que deja márgenes más bien estrechos para la operación del principio de autonomía de la voluntad o el ejercicio de la libertad de empresa. No debe olvidarse que el espacio disponible para los operadores también queda limitado por las técnicas de control que la Administración tiene a su alcance (infra 3.3).

Aún puede decirse algo sobre los centros mixtos. En el plano de la configuración previa normalmente juegan a la vez el acto administrativo y el contrato, dado que cada uno articula una relación jurídica distinta del usuario con el gestor. Esta combinación tiene su reflejo también en el plano material. El resultado es que, en los centros mixtos —y aun con alguna diferencia entre sus distintas clases— la libertad conformadora de gestor y residente se sitúa en un *punto intermedio* respecto de la existente en los centros públicos y en los privados, aunque probablemente se sitúa más cerca de los primeros dada la intensidad regulatoria de las normas que les son aplicables.

3.2. Relación gestor-residente

Otro factor determinante a la hora de estudiar la posición de los sujetos gestores de residencias es, justamente, la naturaleza y configuración de la relación que les une con el residente. Esta relación varía en función de si se está ante un centro público, mixto o privado. Más precisamente, es el carácter público o privado de la plaza de residente el que determinará la aplicación de uno u otro régimen —pues es posible que centros privados concierten sólo parte de sus plazas con la Administración—.

Es claro que al beneficiario de una *plaza de un centro propio* de la Administración le será de aplicación un régimen exclusivamente jurídico-público, excepto si el centro perteneciera a una sociedad mercantil de titularidad pública o a una entidad pública empresarial, supuesto en el que este régimen podrá variar —caso que no se ha encontrado en ninguno de los supuestos analizados en la práctica

para la realización de este estudio—. Inversamente, el ciudadano que contrate este servicio con un *centro privado no concertado* tendrá una relación netamente civil con el sujeto gestor de la residencia. Las especificidades más relevantes se presentan aquí en los *centros mixtos*, pues no hay dos, sino tres, sujetos implicados en una relación multipolar (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 81-82):

(a) Existirá entre el residente y la Administración una *relación básica*, derivada del derecho abstracto de aquél a obtener de ésta la prestación y de la obligación de la Administración de garantizar su prestación —lo cual tiene lugar a través de un acto de reconocimiento del derecho a ésta—.

(b) Entre la Administración y el sujeto gestor del centro o plaza concertado habrá una *relación de colaboración* para la prestación del servicio, que es de responsabilidad pública. La técnica concreta mediante la que se instrumente esta relación de colaboración es en este sentido poco relevante —sea un concierto, un contrato u otro mecanismo—. Ya se han estudiado en el apartado 2 las relaciones de colaboración al analizar los distintos modos en que se articulan.

(c) Por último, la relación existente entre el sujeto gestor del centro concertado y el ciudadano residente es una *relación prestacional directa*, pues quien materialmente presta el servicio de residencia es el primero y quien lo recibe es el segundo.

Aunque pueda establecerse esta distinción, no plantea dudas el hecho de que estas relaciones *se influyen y condicionan entre sí* y de que estas influencias son evidentes en los centros mixtos. Por ejemplo, si no existe la relación básica no podrá existir la prestacional directa. Y también es claro que la relación de colaboración condicionará la relación prestacional directa, pues aquélla estará configurada para que el gestor preste el servicio de una cierta manera —actividad jurídica previa—. Por ello, resulta útil tener en mente esta triple interacción en el estudio de la posición jurídica de los gestores de centros residenciales. Además, un análisis complementario en clave de relaciones jurídicas permite captar mejor los elementos de obligaciones de tracto sucesivo, como es la prestación del servicio residencial, porque una excesiva atención a la actividad formalizada —fundamentalmente, actos administrativos— presenta dificultades para captar la dimensión temporal de los fenómenos jurídicos que, en realidad, son dinámicos y no estáticos (SCHMIDT-AßMANN, 2006, § 6.44-45; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2018, p. 24).

Este esquema de relaciones pierde gran parte de su utilidad en los centros públicos (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 116), en los que la relación es bipolar, salvo si el centro es de otra Administración distinta a la autonómica, en cuyo caso seguimos estando ante una relación con tres polos —el residente, la Administración titular del centro y la que reconoce el derecho a la prestación—. Ello provoca que *se superpongan las relaciones básica y prestacional directa* y que la relación de colaboración quede relegada a una cuestión de Derecho de organización —carecerá de relevancia *ad extra*—. Distinguir estas relaciones puede tener interés, por ejemplo, si la Administración gestiona directamente a través de un ente instrumental, cuya actuación se rija por el Derecho privado, sea medio propio o no.

Por otra parte, en los centros privados también hay una relación bipolar en la que, esta vez, la ausente es la Administración. Aquí sucede que *con la Administración desaparece también el fundamento de la relación básica*: no hay nadie frente a quien el residente tenga un derecho a obtener el servicio residencial ni nadie encargado de la garantía de su prestación —para eso están los servicios de

responsabilidad pública—. Por ello, esta triple distinción pierde su capacidad explicativa en los centros privados.

La utilidad de distinguir estas relaciones reside en que es posible adscribir muchos de los aspectos relativos a la prestación a alguna de estas relaciones, de forma que se pone de relieve a quién corresponde su exigencia o su cumplimiento. Así, por ejemplo, la actividad no formalizada que, como se ha visto, conforma la mayor parte de la prestación se enmarca de forma natural en la relación prestacional directa. Esto muestra que el análisis de la actividad conformadora y de las relaciones son dos facetas —objetiva y subjetiva— del fenómeno de la prestación residencial. Por ello, su combinación es necesaria para comprender la dinámica de prestación de los servicios residenciales en cada centro. Además, este doble análisis permite establecer dos ejes de coordenadas del plano en el que pueden situarse con mayor o menor dificultad el resto de los indicadores que se discuten en este trabajo.

3.3. Controles

Un nuevo indicador en el régimen jurídico de cada tipo de gestor es la cantidad y tipo de controles a los que se encuentra sometido por razón de su actividad. Estos controles pueden identificarse genéricamente como toda actividad de intervención administrativa que afecta a los centros residenciales o a sus titulares. Se trata de una actividad de ordenación que trata de evitar peligros o prevenir riesgos, típicamente mediante restricciones de derechos (SCHMIDT-AßMANN, 2006, §§ 3.100-101). Pueden ser *tanto previos al inicio de la actividad como posteriores* a ese momento, y responden a distintas finalidades según los casos: unos establecen o mantienen unos requisitos que se consideran mínimos, mientras que otros garantizan un estándar reforzado de calidad de los servicios residenciales.

Hay que precisar que estas técnicas de control son las específicas del sector de servicios residenciales, pero no hay que olvidar que también existen otros controles adicionales en función de la materia, como urbanismo o sanidad, que no son objeto de este análisis.

a. Controles previos

(i) Autorización administrativa

Una primera categoría de controles se caracteriza por desplegar sus efectos previamente al inicio de la actividad controlada. La técnica de intervención previa por excelencia es la *autorización administrativa*, en cuanto instrumento anterior al ejercicio de actividades privadas que trata de remediar su potencial dañoso o modular la intensidad del uso que comporta. El otorgamiento de la autorización confiere así a su titular una situación jurídicamente protegida que le permite realizar la actividad sujeta a tal control previo (LAGUNA DE PAZ, 2006, p. 37). Por ello, hay que preguntarse (i) qué centros están sujetos a autorización, y (ii) qué es lo que se autoriza en cada caso.

No todos los centros residenciales están sujetos a autorización por parte de la Administración. En general, toda residencia de mayores de titularidad privada debe estar debidamente autorizada por la Consejería competente en materia de servicios sociales (por ejemplo, arts. 83.1 LSSA, 71.1 LSSC, 55.2 LSSM y 59.1 LSSPV). Llama la atención que muchas de las normas autonómicas, desde un punto de vista sistemático, incluyan el régimen de control en la regulación de la iniciativa privada y/o social en

materia de servicios sociales. Ello plantea la pregunta obvia: ¿no están entonces sujetas a autorización las residencias de titularidad pública? La respuesta depende de la comunidad autónoma en que se encuentre el centro. Comunidades como Madrid o la Comunidad Valenciana exigen autorización a todos los centros, independientemente de quién sea su titular. Otras comunidades, sin embargo, exigen la autorización previa únicamente a los centros de titularidad privada. Así sucede, por ejemplo, en el País Vasco. Y aún hay alguna comunidad en que sólo los centros de titularidad autonómica están exentos de la autorización, pero no los de otras Administraciones [art. 4.1 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León (BOCyL núm. 240 de 21.12.2010) (en adelante, LSSCL)].

Naturalmente, ello no implica que los centros públicos no deban reunir los mismos requisitos exigidos a los de titularidad privada para ser autorizados. Sencillamente, lo que sucede es que en algunas comunidades se ha eliminado esta formalidad, probablemente porque se entienda que es innecesario que la Administración autonómica se autorice a sí misma —aunque sea entre sus órganos o entidades instrumentales— siempre que se asegure de cumplir los estándares necesarios. No hay duda de que la estructura habitual de la relación de control —bipolar— es distinta en estos casos, al haber un único sujeto activo y pasivo del control (SCHMIDT-AßMANN, 2006, § 3.100, AGUDO GONZÁLEZ, 2018, p. 133). Haya o no autorización en sentido formal, lo que *sí tiene lugar en todas las comunidades es una comprobación de que el establecimiento proyectado reúne los requisitos* establecidos para esa clase de centros, sea en forma de informe, resolución del consejero u otra distinta.

Conviene también precisar que, aunque la técnica de control común sea la autorización, hay *alguna comunidad autónoma en la que se exige más de una*. Lo más habitual es que sea necesaria una única autorización previa a la puesta en funcionamiento del centro (Madrid, Comunidad Valenciana, Cataluña), pero algunas comunidades exigen dos autorizaciones, cada una con un objeto distinto: una previa a la construcción del centro y otra previa a su puesta en funcionamiento (País Vasco). En los casos en los que se solicita la autorización para la modificación del centro es evidente que éste ya se encuentra construido. En esos casos, la autorización es, como regla, previa al inicio de las obras.

> Este régimen de doble autorización previa también existe en Andalucía, conforme al Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de entidades y centros de los Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 56 de 28.3.1996). Este Decreto ha sido derogado recientemente por el Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (BOJA núm. 200 de 16.10.2018). El nuevo Decreto no contempla ya un sistema de doble autorización, sino de autorización única. No obstante, en él se dispone que entrará en vigor a los veinticuatro meses desde su publicación, es decir, el día 16 de octubre de 2020.
>
> Cuando sólo es necesario obtener una única autorización es posible, en ocasiones, recabar el visado de la Administración previamente a la ejecución del proyecto del centro que posteriormente deberá ser autorizado [art. 18 del Decreto 59/2019, de 12 de abril, de ordenación del sistema público valenciano de servicios sociales (DOGV núm. 8546 de 13.5.2019)].

Mediante estas autorizaciones, la Administración comprueba que el centro que se pretende abrir cumple o cumplirá con los requisitos arquitectónicos, funcionales, de personal, de formación y con los estándares de calidad establecidos, que deben respetarse durante toda la vigencia de la prestación del servicio de residencia. Es de destacar que los requisitos exigidos para la autorización de centros son

los mínimos que se entienden exigibles a cualquier centro residencial, pues en caso de que se trate de requisitos para reforzar la calidad del servicio más allá del mínimo estaremos normalmente ante una acreditación.

> Un caso particular es la Comunidad Valenciana, en la que se exige autorización también a los centros de los que es titular la Administración autonómica, pero cuyos requisitos no son los de las autorizaciones —estándar mínimo—, sino los de las acreditaciones —estándar reforzado— (infra p. 0).

(ii) Acreditación

La *acreditación* u homologación es una técnica de control típicamente diseñada para certificar que determinados productos o servicios reúnen ciertos requisitos o especificaciones técnicas (LAGUNA DE PAZ, 2006, p. 103). En el caso de los centros residenciales se exige acreditación a los *centros de titularidad privada que van a albergar a beneficiarios de la prestación pública* de residencia, por lo general. El objetivo de la acreditación es entonces verificar previamente que esos centros cumplen con unos estándares cualificados o reforzados de calidad, que por lo tanto se añaden a los mínimos exigidos para su autorización.

El fin que persigue este segundo nivel de control no es otro que *garantizar la calidad del sistema público* de prestaciones sociales, independientemente de si es la Administración quien da el servicio directamente o es una entidad privada colaboradora de ésta (FERNÁNDEZ RAMOS, 2008, p. 119). Es común que se exija a los sujetos privados que obtengan esta acreditación previamente a la presentación de ofertas para un concierto o contrato con la Administración (arts. 84.1 LSSA, 63.1 LSSCV o 75.2 LSSC). Resulta por ello un elemento útil para comparar el régimen entre tipos de centro: si éste es mixto, el sujeto gestor debe obtener y mantener una acreditación autonómica que garantiza y obliga al mantenimiento de unos estándares de servicio por encima de los mínimos para realizar la actividad de forma íntegramente privada. Y ello aunque sólo algunas pero no todas las plazas del centro correspondan al servicio concertado con la Administración.

Aunque es habitual que la acreditación se asemeje a la autorización en su naturaleza jurídica, *en ocasiones se configura como una comprobación contractual previa* a la adjudicación de plazas en centros mixtos. Así, por ejemplo, para el ejercicio 2019 la Diputación Foral de Álava ha convocado una licitación para concertar plazas —mediante el contrato de servicios de la LCSP— a través de un acuerdo marco, cuyo objeto es «la homologación de empresas o entidades titulares de centros con disponibilidad de plazas de atención residencial para personas mayores en el ámbito municipal de Vitoria-Gasteiz, con el fin de que el Instituto Foral de Bienestar Social disponga de una bolsa de plazas» a las que pueda derivar a los beneficiarios del sistema público de prestaciones residenciales (Cláusula I.1.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios, mediante acuerdo marco, de plazas en centros residenciales para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz, expediente 57/18 del Instituto Foral de Bienestar Social de Álava).

Visto el objetivo que persigue la acreditación es claro que *su utilidad es óptima en los centros mixtos*. Es menos habitual que se exija a los centros públicos, posiblemente porque su utilidad se agota en la garantía de que el centro reúne ciertos estándares de calidad y se entienda que los centros de la Administración ya cumplen con esos estándares —de modo similar a lo que sucede con las autorizaciones de centros públicos: el acreditado acredita—. No es necesaria la acreditación formal de residencias públicas en Andalucía, Cataluña o el País Vasco. En la Comunidad Valenciana sólo deben

acreditarse los centros que no son de titularidad de la Generalidad Valenciana —ya que los que sí lo son ya deben reunir los requisitos de la acreditación para obtener su autorización de funcionamiento (art. 58.3 II LSSCV)—. En Madrid también es necesaria siempre que el centro cuente con autorización para 100 o más plazas, independientemente del tipo de centro.

> En Castilla y León, *todos* los centros inscritos en el registro autonómico correspondiente debían instar su acreditación antes de que finalizara el plazo de 1 año establecido en la DT 3ª del Decreto 14/2017, de 27 de julio, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores en Castilla y León (BOCyL núm. 145 de 31.7.2017). No obstante, este Decreto ha sido anulado judicialmente por defectos en el procedimiento, de forma que ha recuperado vigencia el Decreto 2/2016, de 4 de febrero, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores en Castilla y León (BOCyL núm. 24 de 5.2.2016), que sólo se refiere a la acreditación en el marco de la dependencia. Madrid es un caso algo distinto, pues prevé un sistema de acreditación no para entidades concertadas o concedidas, sino para entidades *colaboradoras* de la Administración (art. 58 LSSM). Unas y otras se distinguen en que las entidades concertadas o concedidas han sido adjudicatarias de un contrato de gestión de servicios públicos, mientras que las entidades colaboradoras son entidades privadas sin ánimo de lucro a quienes se reconoce, mediante la acreditación, que colaboran con la Administración en la realización de programas o actividades sociales. Por otra parte, es el art. 12 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Centros y Servicios de Acción Social y Mejora de Calidad de los Servicios Sociales de Madrid (BOCM núm. 304 de 22.12.2002) (en adelante, LCSSM), el que prevé distintos sistemas de evaluación de la calidad de los centros en función del número de plazas. En particular, si el centro cuenta con 100 o más plazas autorizadas, deberá obtener la certificación de calidad de un organismo autorizado —que, desafortunadamente, también se denomina acreditación—.

En definitiva, el sometimiento de los centros mixtos y, en algunos casos, también de los centros públicos a este segundo nivel de control se justifica en la necesidad de certificar la concurrencia de los estándares de calidad exigibles para los servicios del sistema público autonómico. Se configura así un *control doble* sobre estos centros. Aunque no todos los centros públicos deban acreditarse, también deberán reunir los requisitos necesarios para ello, en cuanto son los estándares fijados en cada comunidad autónoma para los servicios de responsabilidad pública. Cuando se trata de la comprobación de requisitos de centros de otras Administraciones se acude también a instrumentos de colaboración —convenios—. Por lo tanto, desde el punto de vista de la intervención administrativa, existe una mayor exigencia de calidad a los servicios dispensados en centros públicos y mixtos, mientras que los centros privados se ven sometidos a requisitos menos exigentes, únicamente necesarios para ser autorizados. Esto es consistente con el distinto objeto que persigue cada una de estas técnicas de intervención.

Cabe hacer una precisión adicional: la acreditación no tiene por qué ser inmediatamente posterior a la autorización. Es perfectamente posible que un gestor privado construya un centro y lo opere durante años y, posteriormente, opte por concertar todas o algunas de sus plazas. Sólo en este segundo momento es cuando necesitará la acreditación, como condición previa para acceder al concierto en cualquiera de sus tipos.

b. Controles posteriores

Los controles previos servirían de poco si no vinieran seguidos de un control posterior del cumplimiento de los requisitos necesarios. Me refiero a este segundo tipo como «posterior» porque tomo como referencia el momento del inicio de la actividad, pero en realidad se desarrolla

simultáneamente durante toda la prestación del servicio. El control posterior es útil no sólo para garantizar el cumplimiento de los requisitos mencionados, sino también para que la Administración recabe una mejor información sobre cuáles de ellos debe exigir y dónde se encuentran los problemas o riesgos de la actividad. Es por ello razonable que todas las normas autonómicas de servicios sociales establezcan reglas sobre inspección de centros y servicios, así como un régimen de infracciones y sanciones —dirigido no sólo a los gestores o colaboradores con la Administración, sino también a los usuarios destinatarios de las prestaciones—.

De este modo, *el control posterior lo realiza la Administración al ejercer su actividad de inspección*, comúnmente identificada como una actuación de comprobación que se enmarca dentro de la actividad administrativa de policía (FERNÁNDEZ RAMOS, 2002, p. 51). La finalidad de este control es fundamentalmente preventiva, dado que se encamina a evitar que los riesgos y peligros inherentes al servicio se concreten debido a la dificultad para su plena reparación. Otras finalidades que también se atribuyen a la actividad inspectora son la correctora de situaciones antijurídicas (FERNÁNDEZ RAMOS, 2002, pp. 21-25), la informativa —para que la Administración obtenga datos relevantes sobre el funcionamiento— y la instructiva —para informar a los infractores sobre incumplimientos involuntarios de la normativa— (RIVERO ORTEGA, 2000, pp. 79-82).

Desde el punto de vista de los servicios sociales, la normativa sectorial típicamente dispone que la *Administración competente para inspeccionar es la autonómica*, como responsable de los servicios públicos residenciales en cada comunidad autónoma. Estas facultades inspectoras se extienden a todos los centros, con independencia de si son públicos, privados o mixtos, aunque el parámetro de comprobación podrá variar entre unos y otros en función de las técnicas previas de control que se apliquen a cada uno de ellos. Debido al reconocimiento genérico de estas facultades en la normativa correspondiente me refiero a ellas como *facultades generales* de inspección.

Ahora bien, hay otro elemento que fundamenta también una actuación administrativa de comprobación sobre los centros residenciales: *el concreto instrumento mediante el que se articula la colaboración* del privado con la Administración. Aquí se enmarcan las facultades que la legislación de contratos reconoce a la Administración que encarga a un tercero la gestión indirecta de un servicio, para que pueda controlar su correcta ejecución —que se han reforzado mediante la figura del responsable del contrato (art. 62 LCSP)—. La actual LCSP prevé que la Administración contratante tendrá facultades de inspección sobre las actividades del contratista en general (art. 190 II LCSP) y sobre las de los contratistas o concesionarios de servicios, cuando sean públicos, en particular (arts. 287.2 y 312.e LCSP)[6]. Dado que estas facultades las ostenta la Administración correspondiente según el modo que tenga de organizar sus servicios, las denomino *facultades especiales* para distinguirlas de las generales. Conviene destacar que, dado que la LCSP se ocupa de las concesiones y de los conciertos contractuales, en los supuestos de acción concertada no habrá facultades especiales, salvo que estén previstas expresamente en el instrumento de concierto o en la legislación que lo regule.

Estas facultades especiales de inspección no pueden identificarse sin más reflexión con las que prevé la normativa autonómica sobre servicios sociales en general. Una primera diferencia se refiere a su *titular*, pues si bien las facultades generales corresponden a la Administración autonómica, las facultades especiales corresponderán a la Administración contratante, que no necesariamente debe

[6] En el TRLCSP sólo había una mención expresa a los poderes de policía de la Administración contratante en el marco de un contrato de gestión de servicios públicos, fuera concesión o contrato (art. 279.2 TRLCSP).

ser la autonómica. Por lo tanto, es posible que haya simultáneamente más de una Administración que ejerza una actividad inspectora sobre el mismo centro, una en ejercicio de sus facultades generales y la otra, de sus facultades especiales.

Otra aparente diferencia es la *finalidad* que las normas autonómicas atribuyen a la actividad inspectora. La LCSP pretende que las facultades especiales sirvan para «asegurar la buena marcha de los servicios» públicos o que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Sin embargo, algunas normas autonómicas describen las facultades generales o funciones de la inspección autonómica en términos más amplios. No sólo se refieren al buen funcionamiento de los servicios sociales, sino también aluden en ocasiones a la promoción o impulso de medidas para *mejorar* la calidad de los servicios (Castilla y León) —no únicamente para asegurar que se cumple el estándar establecido— y/o a la garantía de los derechos de los usuarios (Andalucía, Comunidad Valenciana). Otras comunidades autónomas, no obstante, omiten estas menciones y se limitan a nombrar la actividad de comprobación (Cataluña).

> Es interesante que la LCSP llame la atención sobre estos servicios en concreto, pues parece decir *a contrario* que cuando se trate de un servicio «no público» o sin prestaciones directas a los ciudadanos no habrá facultades especiales de inspección. Esta distinción quizá denota que al legislador le parece que está justificado permitir a la Administración inspeccionar al contratista cuando pueden producirse daños a terceros, pero no cuando la perjudicada sólo puede ser la Administración. En este sentido, la introducción del art. 190 II LCSP no se ha relacionado tanto con la buena marcha de los servicios como con el aseguramiento de que se cumplen las condiciones especiales de ejecución del contrato que conectan con sus fines estratégicos (HERNÁNDEZ CORCHETE, 2018, p. 2087).

Una lectura más detenida revela, sin embargo, que facultades generales y especiales no son tan distintas. La finalidad fundamental de todas estas facultades de inspección es asegurar que en el centro se cumple el ordenamiento jurídico y se dispensa un servicio residencial correcto —prevención y corrección de situaciones antijurídicas—. *Las facultades generales podrán ejercerse sobre cualquier centro* —público, mixto o privado— y tendrán como primera referencia la autorización de la residencia (FERNÁNDEZ RAMOS, 2008, p. 145) y, en su caso, también la acreditación. Por su parte, *las facultades especiales se circunscriben a los centros mixtos* —porque su existencia presupone la gestión indirecta del servicio—, y probablemente tomen como parámetro fundamental el contrato o concierto que instrumenta la relación de colaboración. La mención normativa a la mejora de la calidad o a la garantía de los derechos de los usuarios no debe interpretarse de modo que formen parte de la actividad de comprobación, sino de las *funciones* que desempeña la Inspección de los servicios sociales —Inspección, por tanto, como servicio administrativo—. Tiene todo el sentido que la Inspección que comprueba el funcionamiento de los centros de servicios sociales pueda promover medidas para mejorar su calidad o para garantizar los derechos de los usuarios, ya que cuenta con una información muy valiosa sobre la realidad de su funcionamiento —finalidad informativa—.

Por todo ello considero que las facultades generales y especiales de inspección *pueden recibir un tratamiento similar* a nuestros efectos, aunque no sean idénticas. En los centros públicos y en los privados normalmente habrá inspección sólo por parte de la Administración autonómica, aunque los requisitos comprobados serán distintos —más exigentes para los centros públicos—. Por su parte, en los centros mixtos habrá una o dos Administraciones inspectoras, dependiendo de si la contratante es la autonómica u otra distinta, a excepción de aquellos centros de acción concertada en los que el concierto o la normativa no prevean expresamente las facultades de comprobación de la

Administración concertante. En uno y otro caso, el parámetro principal de control será similar, pero no idéntico. Se ve, por tanto, que todos los tipos de residencias son objeto de inspección, pero no en los mismos términos.

3.4. Imputación a la Administración de la actuación dañosa del gestor frente a usuarios y terceros. Régimen de responsabilidad

Uno de los indicadores clave para determinar cuál es el régimen del sujeto gestor de la residencia es si su actuación dañosa se imputa a la Administración o si, por el contrario, los daños provocados por su gestión le son únicamente imputables a sí mismo. Resulta evidente que no se estará ante dos sujetos con igual régimen jurídico si la actuación de uno de ellos se debe entender hecha por la Administración «de cobertura», mientras que la del otro sujeto no. En definitiva, *es crucial conocer el régimen de responsabilidad patrimonial al que se someten unos y otros sujetos gestores* (*Haftung*). Las posibles novedades aquí están en los sujetos privados, pues el régimen de responsabilidad de las Administraciones titulares se sujetará fundamentalmente a las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236 de 2.10.2015) (en adelante, LPAC y LRJSP, respectivamente).

Una primera aproximación puede hacerse partiendo de la *summa divisio* del Derecho, en función de la rama que, en principio, se aplica predominantemente en cada centro. Así, en los centros públicos habrá un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los centros privados regirá la responsabilidad civil y en los centros mixtos habrá una combinación de ambos. Aunque es cierto que, en último término, responsabilidad administrativa y civil forman parte de un mismo sistema que comparte fundamento (MEDINA ALCOZ, 2005, pp. 123-125), el objetivo de reparar los daños causados y los elementos más básicos de su configuración (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 33), tampoco puede negarse que las diferencias entre ambos subsistemas son lo suficientemente significativas como para sostener que ambos son regímenes distintos.

En los centros residenciales *pueden distinguirse fundamentalmente dos actividades diferenciadas que son susceptibles de generar responsabilidad*: (i) la prestación material del servicio; y (ii) la actividad de control de centros que ya se ha estudiado. La diferencia fundamental aquí dependerá de si al sujeto privado gestor de la residencia le une alguna relación con la Administración—más allá de la intervención o control sobre su actividad— o si presta su actividad libremente.

> Aunque no son los únicos casos en los que puede haber responsabilidad en el ámbito residencial, sí son los más significativos y aquellos que dependen de cómo se configure la prestación del servicio. Supuestos como la errónea negación del derecho a una plaza pública o las lesiones causadas a un visitante por el mal estado del pavimento del centro también podrían generar responsabilidad, pero ni el tipo ni el sujeto responsable son consecuencia de la clase de centro.

a. Responsabilidad por la prestación material del servicio

Dependiendo del sujeto que preste materialmente el servicio de residencia el régimen de responsabilidad al que se someterá variará también. De nuevo, hay que distinguir entre centros públicos, privados y mixtos.

(i) En centros públicos

En los centros en los que la Administración es titular y gestora, es claro que su responsabilidad se sujetará fundamentalmente a la LPAC y la LRJSP. Sin duda, el servicio residencial que presta es un servicio público a los efectos del artículo 106.2 CE, y cualesquiera Administraciones titulares de centros públicos entran dentro del ámbito subjetivo de ambas leyes, al igual que sus organismos públicos o entidades de Derecho público vinculadas o dependientes.

Los arts. 32 y ss. LRJSP prevén un *sistema de responsabilidad administrativa* general cuyos elementos son, sintéticamente, los siguientes: (i) un daño relevante o antijurídico; (ii) una acción o hecho lesivo imputable a la Administración; (iii) un nexo causal; y (iv) un título de imputación basado en el funcionamiento de los servicios públicos. Todos estos elementos deberán concurrir para que la Administración que gestiona un centro residencial responda ante el residente, y los problemas para su exigencia que cabe esperar son los comunes a las reclamaciones de esta clase de responsabilidad.

> En 2018, la principal causa de desestimación judicial de reclamaciones de responsabilidad administrativa fue la ausencia de título de imputación, seguida de la de antijuridicidad del daño y de nexo causal (PASTOR MERCHANTE, 2019, p. 163).

Esta configuración del sistema de responsabilidad de las Administraciones se ha definido tradicionalmente como un *sistema objetivo* que prescinde totalmente del elemento de la culpa, desde la aprobación de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa (BOE núm. 351 de 17.12.1954) (en adelante, LEF). Sin grandes cambios, la redacción del art. 121.1 LEF ha tenido su reflejo en las sucesivas leyes de régimen jurídico de la Administración, así como en el art. 106.2 CE. Esto ha permitido que la caracterización de la responsabilidad administrativa como objetiva haya sobrevivido a los cambios normativos de los últimos 60 años en doctrina y jurisprudencia (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017b, pp. 398-404).

> Esta descripción contrasta con otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, como el alemán, en el que la culpa sigue formando parte de la *Amtshaftung*, por mucho que se haya objetivizado la responsabilidad al atribuirse no al empleado público, sino a la organización administrativa (MAURER y WALDHOFF, 2017, § 26.24, GRZESZICK, 2016, § 44.28).

Conviene aquí realizar un breve excurso para tratar el tema del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, pues tiene relación directa con el régimen de responsabilidad aplicable en los centros públicos. La idea de la objetividad del sistema se ha visto recientemente reforzada por la STC 112/2018, de 17 de octubre. Esta sentencia, resuelta en Pleno, deja claro que *el TC considera que el art. 106.2 CE efectivamente prevé un sistema de responsabilidad administrativa necesariamente objetivo*. En ella se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño núm. 1 relativa a la distribución y naturaleza de la responsabilidad en accidentes en carretera provocados por animales de caza prevista en la DA 7ª del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 261 de 31.10.2015) (en adelante, LTSV). Afirma la sentencia que el art. 106.2 CE refleja la «recepción constitucional del sistema de responsabilidad del Estado previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia», de forma que «el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones Públicas se rige por criterios objetivos» (FJ 5). En relación

con la remisión a la ley en el art. 106.2 CE para su desarrollo, considera que «no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración», pues para el TC esto es «una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser exigida» (FJ 5). Es decir, el TC parece asumir sin más reflexión que la doctrina administrativista en 1978 afirmaba que la responsabilidad administrativa era objetiva, por lo que ése es el único sentido posible del art. 106.2 CE, que no queda desvirtuado por la remisión a la configuración legal que en él mismo se prevé.

En mi opinión, la fundamentación de la sentencia es inusualmente superficial y poco analítica, especialmente si se tiene en cuenta que el objeto de interpretación es de una enorme relevancia. Es bastante problemático que el TC se remita a la doctrina que en 1978 podía existir en la materia, obviando así lo escrito durante los últimos 40 años —que, a mi juicio, es bastante más cercano a la recta interpretación del art. 106.2 CE (por todos, MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 49 y ss.)—. La cuestión no es tanto preguntarse qué idea de la responsabilidad tenía el constituyente como si en el art. 106.2 CE cabe un sistema de responsabilidad en el que la culpa pueda operar como uno de sus elementos. Y la respuesta no puede ser sino afirmativa, pues *nada se dice en ese artículo en un sentido o en otro* ni nada se deriva de ninguna otra disposición constitucional.

A este respecto, hay que destacar el voto particular que formula el magistrado Andrés Ollero Tassara a la STC 112/2018. En lo que ahora interesa, critica esta supuesta recepción constitucional de la responsabilidad administrativa objetiva y recuerda que *tal carácter objetivo ha sido matizado por la doctrina administrativista*. De esta forma, nuestro sistema admitiría responsabilidades objetivas, pero en modo alguno excluye la culpa por funcionamiento anormal del servicio (así, por ejemplo, la STS, 3ª, 29.10.2010, cas. 4459/2006, FJ 3). Pone así de relieve que, aunque siempre se comience afirmando la objetividad de la responsabilidad, acaban entrando en juego excepciones a esa «presunta responsabilidad universal», y cita como ejemplo el criterio de la lex artis como título de imputación, que considera «un modo solapado de dar entrada a criterios de culpa» (en este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, 2012, p. 495; en sentido opuesto, considerando a la culpa un criterio compatible con un sistema objetivo, MIR PUIGPELAT, 2012, pp. 21-24). Entiende así que la doctrina de la STC 112/2018 «lleva a petrificar un modelo objetivo y universalista de responsabilidad, quizá por considerar con notable desfase que era ese el que el constituyente tenía ante sus ojos. Aparte de sus posibles repercusiones sobre el gasto público, se ignora así el reenvío al legislador que el art. 106.2 sin ninguna duda establece».

Efectivamente, el debate en la doctrina administrativista ha venido modulando este carácter tradicionalmente objetivo, avivado sin duda por las conocidas críticas formuladas desde la doctrina civilista (PANTALEÓN PRIETO, 1994) a un sistema puramente objetivo de responsabilidad administrativa. Críticas que han tenido reflejo no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia (MIR PUIGPELAT, 2012, pp. 36-37, MEDINA ALCOZ, 2005, pp. 145 y ss.). En mi opinión, el voto particular acierta al afirmar que la culpa puede ser uno de los títulos de imputación de responsabilidad, algo que legítimamente puede disponer el legislador sin contravenir el art. 106.2 CE. En definitiva, aun admitiendo que «servicio público» a efectos de responsabilidad puede ser toda actividad o pasividad de la Administración (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 47), o toda actividad que sirve al interés público aunque no sea responsabilidad de la Administración (ORTEGA BERNARDO, 2017, p. 76), la alusión a «toda lesión» que sufran los particulares no excluye automáticamente la necesidad de que concurra el elemento de la culpa en la actuación lesiva, máxime cuando el propio art. 106.2 CE reserva a la ley la configuración de este sistema de responsabilidad. Dicho de otra forma, *no me parece que un*

régimen objetivo de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos sea constitucionalmente necesario (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 44). Cosa distinta es, por supuesto, que haya quien sostenga que la regulación legal de la responsabilidad administrativa termina de consagrar un sistema objetivo (DE AHUMADA RAMOS, 2004, pp. 45 y ss.).

> Es más, si tomáramos como acertada la doctrina de la STC 112/2018 habríamos de concluir que probablemente el reparto de responsabilidad efectuado por la LCSP entre contratista y Administración por daños a terceros también es inconstitucional. En esta sentencia, el TC acude a una muy cuestionable «interpretación conforme» para afirmar que, aunque la DA 7ª LTSV no atribuya la responsabilidad a la Administración, siempre puede acudirse al sistema general de responsabilidad administrativa general. Sobre esta extraña interpretación conforme véanse los dos votos particulares.

Sin que sea posible aquí desgranar por completo esta cuestión, sí conviene señalar que, a mi juicio, hay muchos casos en los que *se fuerzan los elementos de la responsabilidad o se perpetúan construcciones poco precisas para prescindir artificialmente de la culpa*. Un ejemplo es el uso de teorías normativas para apreciar si hay nexo causal, cuando en realidad sirve en muchas ocasiones para ocultar un juicio sobre el disvalor de una conducta reprochable o que infringe algún deber de conducta (este y otros ejemplos en DOMÉNECH PASCUAL, 2019, pp. 22-24). Se emplean como teorías sobre la causa cuando no son sino teorías sobre la imputación (MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 68-75).
En definitiva, el régimen de responsabilidad aplicable a los centros públicos es el previsto en los arts. 32 y ss. LRJSP. Pero, aunque así sea habitualmente descrito, no creo que pueda hablarse de un sistema puramente objetivo de responsabilidad, sino más bien de un sistema en el que *la culpa puede operar como uno de sus títulos de imputación*. Y ello porque, a mi juicio, del art. 106.2 CE no se deriva necesariamente esa objetividad.

(ii) En centros privados

El caso opuesto es el de los centros privados, en los que la actividad material de prestación del servicio residencial es íntegramente asumida por el gestor privado del centro. Resulta obvio que *esta actuación sólo a él le será imputable*, sin que pueda atribuirse a la Administración resultado alguno del servicio prestado directamente por aquél. Por tanto, será privada la responsabilidad del gestor del centro no integrado en el sistema público, cuando responda por daños causados en el curso de la prestación. La diferencia más relevante con respecto al sistema de responsabilidad administrativa se encuentra en el elemento subjetivo. Si bien la culpa es sobre lo que pivota básicamente el sistema de responsabilidad civil (arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil), se acaba de estudiar cómo la responsabilidad administrativa suele describirse como objetiva. Ya se han planteado los reparos a esta pretendida objetividad. Pero, en cualquier caso, es claro que el régimen civil de responsabilidad constituye un estándar distinto respecto del de responsabilidad administrativa, ya sea por la diferencia en el protagonismo del elemento subjetivo o por el manejo de distintos criterios de causalidad o de imputación.

En general, *la responsabilidad de los gestores de centros privados será contractual* (arts. 1101 y ss. CC). Es de esperar que la prestación contratada incluya no sólo el servicio de alojamiento, sino también otros, como alimentación o cuidados. Gran parte de los daños que podrían causarse al usuario se enmarcan en alguna de estas tres categorías que forman lo pactado. Pero, incluso cuando el daño no derive directamente de éstas, es posible que la lesión también entre dentro del ámbito del contrato si se trata de obligaciones accesorias no expresamente pactadas, pero que tienen relación directa con las

obligaciones contractuales (ASÚA GONZÁLEZ, 2014, pp. 729-730). Así, por ejemplo, si un residente sufre un daño causado por un defectuoso mantenimiento de las instalaciones, lo razonable es que se considere que el buen estado de éstas forma parte de la prestación de alojamiento. En esta materia hay que tener en cuenta también el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 287 de 31.11.2017), que regula la responsabilidad por daños originados a consumidores en el correcto uso de un servicio sanitario en el que no se hayan respetado los niveles de eficacia o seguridad establecidos, y en el que se incluyen expresamente los servicios sanitarios en una lista no exhaustiva.

De esta forma, resulta difícil imaginar casos de responsabilidad extracontractual por daños causados en una residencia de mayores privada. Quizá se den casos en los que el profesional causante del daño no sea un dependiente del gestor del centro, sino completamente independiente. En estos casos, la reclamación frente al causante sería extracontractual. Por lo demás, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es confusa, al menos en lo que hace a los servicios sanitarios, de indudable similitud a los residenciales. Y tiene relevancia en lo relativo a la determinación de lo indemnizable y a la prescripción de la acción (ASÚA GONZÁLEZ, pp. 721-731). Pero la gran mayoría de supuestos lesivos se darán normalmente en la órbita del objeto del contrato, por lo que la responsabilidad extracontractual en este ámbito es excepcional. Nótese que, en todos estos casos, si la reclamación se dirigiera contra un centro público no cabría sino hablar de una única responsabilidad patrimonial de la Administración.

(iii) En centros mixtos

Queda por ver cuál de éstos es el régimen aplicable a los centros mixtos. En materia de contratos públicos en general, el art. 196 LCSP dispone que el contratista indemnizará los daños causados como consecuencia de las operaciones del servicio, a excepción de los «ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración». Para las concesiones, la regla especial del art. 288.c LCSP prevé una excepción parecida, referida ahora a los daños producidos «por causas imputables a la Administración». El art. 312.b LCSP contiene una previsión equivalente para los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas para la ciudadanía. Los conciertos contractuales se canalizarán por una u otra vía en función de la existencia o no de traslación del riesgo operacional.

> Idénticos términos recogía el TRLCSP en los artículos correspondientes para los contratos en general y para los contratos de servicios públicos. Sin grandes variaciones, ésta es la regulación material de la cuestión desde la LEF. VILLAR ROJAS (2018, p. 87) ha señalado que la LCSP ha replicado gran parte del régimen de las antiguas concesiones de servicios públicos para los contratos con prestaciones directas a la ciudadanía.

La regla general, por tanto, es la responsabilidad directa del contratista, salvo en los casos en los que exista un nexo causal entre el daño producido y la actuación administrativa, en los que responderá la Administración. Esta idea no responde tanto a la transmisión del riesgo operacional al contratista —que no se da en los contratos de servicios— como a la ejecución del contrato bajo su propio riesgo y ventura—distribución de riesgos—, combinada con la dificultad de articular un nexo causal entre la actividad administrativa y el daño causado por la prestación material del servicio residencial. En

efecto, es razonable que el contratista responda por los daños que se causen durante la operación del servicio, siempre que le sean imputables a él y no a la Administración.

> Aunque la imputación del resultado a la Administración puede ser automática, si así se desprende del caso. La STS, 3ª, 15.6.2011 (cas. 3246/2007) confirma la STSJM que afirma, en relación con una residencia geriátrica concertada con la Seguridad Social, que «el hecho es imputable a la Administración dado el convenio que la residencia de ancianos tenía con los servicios sociales públicos. Es decir, de lo que allí ocurriera, del trato que se dispensara a la paciente debe responder la Administración» (FJ 1).

Más allá de esos casos, no es fácil imaginar supuestos en los que la causa de un daño producido durante esa prestación material sea una determinada actuación administrativa, cuando no sea la Administración la que gestione directamente el centro. Será por tanto más habitual que se trate de un daño causado por una deficiente *vigilancia* administrativa, lo que nos sitúa en la clase de responsabilidad por control que se analiza más adelante (infra 3.4.b).

Un problema adicional al de determinar qué sujeto será el responsable es *a qué estándar de responsabilidad se debe someter su actuación*. No cabe duda de que a la Administración se le aplicará el régimen de responsabilidad administrativa, pero esa conclusión no es tan clara para sus contratistas, cuando respondan por daños causados a particulares. Hay argumentos para sostener que a tales supuestos son de aplicación las normas de responsabilidad civil, pero también para sostener que debe aplicárseles el mismo régimen que a la Administración.

Entre los primeros suelen citarse la naturaleza jurídico-privada del contratista y la excepcionalidad del sistema objetivo de responsabilidad. Los partidarios de la responsabilidad administrativa de esta clase de colaboradores esgrimen el carácter público del servicio o las funciones ejercidas, la incongruencia en la diferencia de regímenes entre la Administración y el contratista o la necesidad de unificar las garantías de los ciudadanos (GALÁN GALÁN, 2010, pp. 112-115). Estos argumentos pueden reconducirse a la siguiente idea, de sobra conocida: la opción por uno u otro régimen de responsabilidad varía en función de si entendemos que *debe depender de la opción organizativa de la Administración que decide gestionar indirectamente* un servicio, en lugar de gestionarlo por sí misma (GAMERO CASADO, 2018, pp. 2172-2173). Si la respuesta es afirmativa, el estándar de responsabilidad habrá quedado determinado por un hecho que depende exclusivamente de la voluntad de la Administración.

Hay otro argumento muy utilizado en esta cuestión que ya se ha tratado aquí [supra 3.4.a(i)]: el relativo al *carácter objetivo que contendría la cláusula de responsabilidad del art. 106.2 CE*. Mediante una sencilla operación lógica se dice que, ya que del art. 106.2 CE se deriva un régimen objetivo de responsabilidad, y dado que el daño en un centro mixto se produce como consecuencia de un servicio público, la responsabilidad aplicable a los contratistas sólo puede ser la administrativa, en cuanto es el régimen objetivo de responsabilidad que hay (BELADÍEZ ROJO, 1997, p. 79). Además, concurren otros elementos como la existencia de una lesión o la concurrencia de un título de imputación. Me remito aquí a las consideraciones realizadas en relación con el art. 106.2 CE y a la inexistencia de un sistema de responsabilidad necesariamente objetivo ex constitutione.

Dado que, en mi opinión, el art. 106.2 CE no obliga a ese régimen objetivo, puede formularse de nuevo la pregunta sobre qué estándar de responsabilidad, civil o administrativa, es el que debe aplicarse al contratista de la Administración. Aun admitiendo la fortaleza de ambas posturas, nos decantamos por

sostener que *este estándar debe ser el de la responsabilidad administrativa* que se extrae fundamentalmente de la LRJSP, y no el de la responsabilidad civil. Varias son las razones para esta afirmación:

(a) En materia de servicios públicos, *el estándar de responsabilidad aplicable no debe depender exclusivamente de una decisión organizativa* de la Administración (GAMERO CASADO, 2018, p. 2174). Aún más gráficamente, puede afirmarse que las formas en que se organiza la Administración para prestar servicios son puramente convencionales, por lo que no tiene sentido anudar a estas formas la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 46). Es cierto que no es lo mismo si un contratista ajeno a aquélla presta materialmente el servicio, que si es la Administración la que «huye» del régimen administrativo mediante una forma privada de personificación. En este segundo caso es aún más claro que el estándar por el que se responda debe ser el mismo. Pero tampoco parece que haya razones suficientes para justificar una diferencia en las garantías del usuario —al alza o a la baja— según se preste el servicio por la Administración o a través de un contratista (PÉREZ MONGUIÓ, 2008, pp. 173-174). La idea, por tanto, no es que la responsabilidad administrativa sea más garantista que la civil, o que sea necesaria ex art. 106.2 CE, sino que debe ser la misma para la Administración y para quien actúe en su lugar.

(b) La aplicación del estándar de responsabilidad administrativa a los supuestos de gestión directa o indirecta a través de contrato *previene posibles problemas* en situaciones en las que la Administración y el contratista deban responder, bien sea por concurrencia de causas, bien porque uno repita contra el otro. Si los estándares de responsabilidad son distintos es de imaginar que se multiplicarán los supuestos litigiosos. Así, por ejemplo, quien responde indirectamente puede negarse a hacerlo porque si hubiera respondido directamente no habría satisfecho cantidad alguna —conforme al estándar que le hubiera sido aplicable—.

> Aunque el fondo del caso es distinto (daños causados por un concesionario de aprovechamiento hidráulico), la STS, 3ª, núm. 2295/2016 (cas. 2537/2015, FJ 5) declara que el afectado debe dirigirse a la Administración concesionaria para reclamar, quien deberá determinar, *conforme a la legislación de contratos*, si la responsabilidad es imputable al concesionario o a la Administración. En el primer caso, el particular podrá acudir a la vía civil, y en el segundo a la vía administrativa. Al margen de otras cuestiones, es posible que la asignación por la Administración de responsabilidad al contratista no se verifique luego en la vía civil, porque una y otra empleen distintos estándares de responsabilidad.

Y en los casos de concurrencia de culpas será muy difícil establecer conforme a qué criterios debe fijarse la indemnización y, sobre todo, qué porcentaje de la misma corresponde a cada sujeto responsable, pues los criterios sobre causalidad e imputación aplicables a cada sujeto son distintos. Igualar el estándar de responsabilidad para Administración y contratista permite evitar estos problemas.

> De algún modo, esto es lo que ha venido sucediendo en la jurisprudencia, en los casos en los que se demanda conjuntamente a la Administración y al contratista. Por ejemplo, la STSJM 432/2016 (rec. 779/2012) resolvió una reclamación de responsabilidad frente a la Administración titular y el sujeto privado gestor de una residencia aplicando a ambos el estándar de responsabilidad administrativa.

(c) No es fácil encontrar argumentos sólidos para extraer de la naturaleza jurídico-privada del contratista un régimen civil de responsabilidad. La personificación jurídico-privada no garantiza

que sólo será de aplicación un único régimen jurídico, en responsabilidad o en cualquier otra materia. La división entre el Derecho público y el Derecho privado no puede tomarse en este sentido sino como una cualidad graduable, más que como un rasgo binario, de modo que una solución típicamente jurídico-pública puede ser de aplicación también a supuestos en los que habitualmente acudimos al Derecho privado para obtener soluciones, y viceversa. Así, el estándar de responsabilidad administrativa —norma originalmente dirigida a la Administración— debe *abstraerse de su destinatario original y proyectarse sobre el particular contratista*, que se encuentra en una situación similar a la del destinatario original (VELASCO CABALLERO, 2014a, §§ I.36 y II.9). Además, no todos los contratistas gozarán de personalidad jurídico-privada, pues es posible que su personificación sea jurídico-pública. Un argumento en favor de la igualdad de estándares aplicable también entre contratistas parece reforzar la conclusión de que, en todos estos casos, el régimen de responsabilidad debe ser el administrativo, con independencia de la forma de personificación.

(d) A mi juicio, no existirá inseguridad jurídica sobre el estándar de responsabilidad *siempre que el contratista sea consciente* de que el aplicable será el administrativo, y no el civil. Por ello, este problema es fácilmente evitable si esta circunstancia se determina previamente con claridad.

En definitiva, para fijar el estándar de responsabilidad de los contratistas de la Administración debe seguirse un criterio objetivo y no subjetivo, de modo que respondan conforme al sistema administrativo de responsabilidad cuando el servicio que dispensan sea de responsabilidad pública.
Pero a esta cuestión se le suma otra, de carácter procesal: la relativa al *orden jurisdiccional competente* para resolver las reclamaciones de responsabilidad contra contratistas o concesionarios de servicios. Para estudiarla conviene hacer un breve repaso de la evolución del problema en la normativa. El primer hito relevante se encuentra, una vez más, en la LEF, en este caso en su art. 123. En él se establece que, cuando se trate de servicios concedidos, las reclamaciones se dirigirán contra la Administración concedente. Ésta resolverá sobre (i) si procede indemnizar, y (ii) quién debe abonar la indemnización. Además, prevé que tanto el particular como el concesionario podrán acudir a la vía contencioso-administrativa, en caso de desacuerdo. Es decir, se centraliza en la Administración la decisión sobre la existencia de la indemnización y el sujeto responsable, y se atribuye al orden contencioso el conocimiento de los recursos que procedan.

La siguiente referencia es el art. 98.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119 de 19.5.1995), que en principio derogó tácitamente el art. 123 LEF. Este artículo se refería a la indemnización de daños y perjuicios por los contratistas de la Administración. Su apartado 3 establece que el órgano de contratación se pronunciará, previo requerimiento potestativo del perjudicado, sobre el sujeto responsable —Administración o contratista—, quedando interrumpido el plazo de prescripción de la *acción civil*. Parece entonces que, si el responsable es la Administración, la responsabilidad es administrativa y de ello conoce el orden contencioso-administrativo. Pero si la responsabilidad es del sujeto privado, se aplican las normas civiles de responsabilidad y de ello conoce el orden jurisdiccional civil [así, con matices, la STS, 1ª, núm. 655/2008 (cas. 1848/2001)]. Esta regulación es criticable por dos motivos: (i) uno de fondo, porque hace depender el estándar de responsabilidad de una decisión organizativa de la Administración; y (ii) otro de forma, porque crea la posibilidad de que haya sentencias contradictorias de los distintos órdenes jurisdiccionales que provoquen un peregrinaje jurisdiccional.

El art. 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE núm. 148 de 21.6.2000), reprodujo el art. 98.3 anterior de forma casi idéntica, pero dejó fuera el adjetivo «civil», de forma que la reclamación de responsabilidad sencillamente interrumpía «el plazo de prescripción de la acción». De este modo pareció reunificarse el sistema y puede defenderse también que el art. 123 LEF recobró vigencia. Ésta es la redacción que hoy sigue vigente en el art. 196.3 LCSP. Una interpretación cabal de estas normas lleva a la conclusión de que no sólo es el estándar aplicable el administrativo, por los motivos expuestos en este epígrafe, sino que *el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones debería ser el contencioso-administrativo, ya se dirijan contra la Administración, contra el contratista o contra ambos*. Y, aunque el art. 196.3 LCSP se refiera a que los particulares pueden, potestativamente, requerir al órgano de contratación que se pronuncie sobre su reclamación, una interpretación coherente debería llevar a entender que cuando no haya requerimiento, la competencia seguirá siendo del orden contencioso.

Sin embargo, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS ha mantenido un criterio distinto desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285 de 27.11.1992), apoyado posteriormente en el art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167 de 14.7.1998) y la modificación del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (BOE núm. 167 de 14.7.1998). Este criterio es fundamentalmente el siguiente: cuando se reclame responsabilidad contra sujetos privados que intervienen en los servicios públicos —no sólo en servicio sociales—, *el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo sólo si también se demanda a la Administración responsable del servicio*[7]. Lo mismo ocurre si se demanda a sus entidades de Derecho público vinculadas o dependientes o aquellas en las que el capital de titularidad público sea mayoritario[8]. Por el contrario, si únicamente se demanda al sujeto privado en tal calidad, la competencia objetiva corresponderá al orden civil[9]. Así sucede, por ejemplo, en los casos en los que el perjudicado no hace uso de la facultad de solicitar a la Administración que se pronuncie sobre quién, si ella o el contratista, es el responsable. Este criterio también ha sido seguido por la Sala de lo Civil[10] y la de lo Contencioso-Administrativo del TS[11].

Especialmente elocuente es la sentencia de la Sala Especial núm. 4/2003 (conf. 8/2002), en la que se afirma la competencia del orden contencioso para conocer de una reclamación por deficiente servicio sanitario contra la Administración, el hospital y el médico. Afirma que «es irrelevante el hecho de que la pretensión resarcitoria formulada ante el Juzgado [de Primera Instancia e Instrucción] se dirija contra una pluralidad de responsables —litisconsorcio pasivo—, de los cuales uno de ellos es una persona privada, *pues lo decisivo*, en atención a la situación fáctica sobre la que se fundamentó la reclamación, *fue el funcionamiento del servicio público sanitario*, que sólo puede ser enjuiciado ante la

[7] Entre muchos otros, AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núms. 5/1998 (conf. 32/1998), 30/1998 (conf. 25/1998) y 19/2000 (conf. 9/2000).

[8] AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núms. 21/2001 (conf. 16/2001), 10/2018 (conf. 5/2018), 12/2018 (conf. 3/2018) y 5/2019 (conf. 23/2018).

[9] AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núms. 8/2003 (conf. 42/2002), y 77/2004 (conf. 40/2004). Recientemente, ATS núm. 9/2019 (conf. 42/2018).

[10] Por ejemplo, SSTS, Sala 1ª, núms. 655/2008 y 598/2012 (cas. 500/2010).

[11] STS, 3ª, 30.3.2009 (cas. 10680/2004), aunque no se refiere expresamente a la vía «civil» para reclamar solamente contra el contratista.

jurisdicción contencioso-administrativa» (FJ 2, cursiva mía). Esto pone de manifiesto que, si la clave es efectivamente el servicio público, cuando sólo se demande al sujeto privado que lo ejecuta la competencia también debería corresponder al orden contencioso. Si bien ésta debiera ser la solución, a mi juicio, es claro que no es lo que viene sosteniendo hasta hoy de forma constante el TS.

Aunque tal sea la conclusión para centros concertados contractualmente y centros concedidos, conviene realizar alguna consideración más en relación con la acción concertada. En la medida en que los concertados no son contratistas de la Administración por haberse declarado normativamente esta fórmula como no contractual, *no puede aplicárseles automáticamente* la solución prevista en el TRLCSP o la LCSP. El art. 123 LEF habla de servicios «concedidos», por lo que tampoco sería inmediatamente aplicable. Tampoco las leyes que los regulan establecen su régimen de responsabilidad, más allá de genéricas alusiones a las responsabilidades civiles, penales o administrativas que les correspondan, o a la exigencia de un seguro de responsabilidad civil a los concertados no contractuales. Pero ni siquiera este requisito puede interpretarse como una indicación de que la responsabilidad de estos concertados será civil, pues no corresponde a una norma sectorial autonómica definir ese régimen de responsabilidad. Éste debe encontrarse en la legislación general sobre responsabilidad (VELASCO CABALLERO, 2014b, §§ 36-37).

Si el instrumento de acción concertada es materialmente contractual, la solución pasa por entender aplicable el régimen de la responsabilidad del contratista, pues se trata, al fin y al cabo, de situaciones equivalentes desde el punto de vista material. Para el caso de conciertos auténticamente no contractuales, y dado que no hay un régimen expresamente previsto, es posible aplicar analógicamente el sistema de responsabilidad de los contratistas, pues se trata de un supuesto esencialmente idéntico (CANO CAMPOS, 2002, pp. 57-59) —aunque también puede tomarse como referencia primigenia el art. 121.2 LEF—. En definitiva, lo que aquí sucede es que, mediante una decisión organizativa, la Administración encarga a un tercero que preste un servicio que es de su propia responsabilidad (*Verantwortung*), pero *condiciona la prestación de la misma forma que en el marco de un contrato*. Si ese encargo es contractual o no sólo es relevante ahora para seleccionar la norma aplicable en responsabilidad (*Haftung*): si es contrato, se aplica el TRLCSP o la LCSP. Pero si no lo es, y ante la ausencia de otra norma que prevea cuál debe ser el régimen de responsabilidad, la semejanza entre ambas situaciones —la del concertado contractual y no contractual—permite aplicar la misma regla: en los supuestos de acción concertada, el concertado responderá por todos los daños producidos a causa de la operación del servicio que presta, a excepción de aquellos que sean causalmente atribuibles a la Administración. En este caso, me parece claro que el silencio normativo sobre esta cuestión no significa que haya una remisión al sistema de responsabilidad civil y que, por tanto, no haya una laguna jurídico-administrativa que puede colmarse a través de la analogía.

b. Responsabilidad derivada de la actividad administrativa de control de centros residenciales

El segundo tipo de actividad que puede dar lugar a responsabilidad en el marco de los centros residenciales es la intervención o control que la Administración ejerce sobre ellos. Ya hemos visto cómo las residencias, cualquiera que sea su tipo, están sometidas a las facultades administrativas de intervención. Esta intervención no debe limitarse a autorizar, sino también a asegurar que las condiciones bajo las que se autoriza se mantienen en el tiempo. Tal es la razón de que las leyes sectoriales prevean, sin excepción, un régimen de inspección para los centros, normalmente diferenciados en función del tipo —y, por tanto, de las técnicas de control de las que son objeto—. Y, si anteriormente se distingue entre controles anteriores y posteriores, se sigue ahora que ambas

clases son susceptibles de generar responsabilidad. En cualquier caso, hay que destacar que *esta clase de responsabilidad por controles es intrínsecamente administrativa*, pues esta actividad de control sólo corresponde a la Administración.

(i) Responsabilidad administrativa por controles previos

En relación con las técnicas de control previo que ya hemos visto —autorización y acreditación— pueden imaginarse supuestos en los que un mal funcionamiento del «servicio de intervención» dé lugar a supuestos en los que la Administración incurra en responsabilidad. Un ejemplo sencillo es el del usuario de un centro privado que se ve perjudicado por la revisión de oficio de la autorización del centro otorgada erróneamente, al constatar la Administración que incurría en un vicio de nulidad de pleno Derecho no imputable al autorizado (GALLEGO ANABITARTE *et al*., 2001, § VI.4.4). En este caso el particular afectado podría plantearse exigir responsabilidad patrimonial a la Administración que no actuó correctamente al autorizar el centro. En el ámbito local se prevé expresamente esta posibilidad en el art. 16.3 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (BOE núm. 196 de 15.7.1955) (en adelante, RSCL).

No cabe duda de que el daño producido es causado por una conducta activa atribuible a la Administración (MIR PUIGPELAT, 2000, p. 144), quien inicialmente no realizó las comprobaciones suficientes sobre los requisitos que debía reunir el centro pero generó una confianza legítima en su legalidad aparente. Además, el riesgo generado por ese acto autorizatorio supera lo permitido, y se ha concretado en un daño al particular, de modo que es objetivamente imputable a la Administración. Se trata de un *riesgo inherente a la actividad de autorización* sin que, en principio, hayan intervenido terceros en el curso causal, lo que operará como título de imputación de la responsabilidad (BELADÍEZ ROJO, 1997, pp. 107-109, 128, MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 244 y ss.). Se ve, por tanto, cómo no es necesario que opere la culpa para poder imputar responsabilidad a la Administración por este motivo. En caso de que hubiera habido una intervención en el curso causal ajena a la Administración —por ejemplo, un informe técnico externo aportado por el interesado para obtener la autorización— podría plantearse si el daño deja de ser objetivamente imputable a la Administración o si se da una concurrencia de causas.

Los casos en los que puede plantearse la exigencia de responsabilidad administrativa por controles previos son muy variados. Los centros pueden ser públicos, privados y mixtos, del mismo modo que los perjudicados pueden ser tanto los sujetos autorizados como los usuarios, o incluso terceros distintos de éstos. En cualquier caso, lo fundamental es destacar que si hay daños causados por controles previos *nos situamos en la gran mayoría de los supuestos en el esquema más habitual de responsabilidad administrativa*, al existir una conducta activa de la Administración a la que puede imputarse objetivamente un daño. No obstante, también podría darse algún supuesto en el que la inactividad formal de la Administración —desestimación presunta de la solicitud de autorización— cause daños resarcibles. En tal caso, el título de imputación sería el incumplimiento, en su modalidad de morosidad —por tanto, funcionamiento anormal— (MEDINA ALCOZ, 2005, pp. 312, 327).

(ii) Responsabilidad administrativa por controles posteriores

Conforme a lo expuesto anteriormente (supra 3.3.b), los controles posteriores se fundan en facultades de inspección administrativa generales o especiales. Estas facultades van acompañadas de la correspondiente obligación de la Administración de ejercerlas, lo que implica, a efectos de

responsabilidad, que está vinculada por un deber de actuar positivamente, de hacer. Esto sitúa la cuestión en la responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando*, que ya ha sido ampliamente debatida por la doctrina (entre otros, BELADÍEZ ROJO, 1998, MIR PUIGPELAT, 2000 y 2012, DE AHUMADA RAMOS, 2004 y GALLEGO CÓRCOLES, 2008). Las consideraciones que siguen también son aplicables, en gran medida, a las reclamaciones de responsabilidad de la Administración que se refieran a una deficiente vigilancia *en el centro* —durante la prestación material del servicio—, no sobre el centro.

El anclaje normativo de la culpa *in vigilando* como título de imputación no se encuentra tanto en la responsabilidad administrativa por hecho ajeno (arts. 196, 288.c y 312.b LCSP) como en la cláusula general del art. 32.1 LRJSP. Se trata de una responsabilidad por la omisión de una *conducta propia*, la de inspeccionar (BELADÍEZ ROJO, 1998, p. 197, GALLEGO CÓRCOLES, 2008, p. 266). En otro caso se trataría de la responsabilidad ya estudiada por la prestación material del servicio (supra 3.4.a). Hay un dato adicional que también evidencia la distinción entre ambas clases de responsabilidad: mientras la responsabilidad por hecho ajeno se circunscribe a los centros mixtos —se aplica la LCSP—, la responsabilidad por omitir la propia actividad inspectora *puede darse en cualquier tipo de centro* —aunque en los públicos distinguirlas en la práctica sea, como mínimo, complejo—.

Para poder apreciar responsabilidad por culpa *in vigilando* deben concurrir dos elementos que le son peculiares: (i) que se omita una conducta debida por parte de la Administración; y (ii) que la conducta omitida hubiera sido idónea para evitar la concreción del riesgo en el daño efectivamente causado (BELADÍEZ ROJO, 1998, pp. 196-197, GALLEGO CÓRCOLES, 2008, p. 288).

(a) En la comprobación de la causalidad entre la actuación administrativa y la lesión, hay que recordar que una omisión nunca puede ser causa de un resultado, en un sentido naturalístico. Por ello, lo que debe analizarse es si la acción debida y omitida por la Administración —que sí contaría con eficacia causal— habría formado parte del curso causal que desembocó en la concreción del riesgo. Se trata, por tanto, de un juicio sobre *causalidad hipotética* (MIR PUIGPELAT, 2000, p. 243).

(b) Comprobada de este modo la relación de causalidad, para que el resultado dañoso sea objetivamente imputable a la Administración es necesario que la conducta omitida hubiera sido *idónea* para alterar el curso causal que terminó en ese resultado (BELADÍEZ ROJO, 1997, p. 197, MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 243-244, GALLEGO CÓRCOLES, 2008, p. 290).

Para establecer cuándo la conducta omitida era debida hay que acudir a los *estándares medios del servicio* (GALLEGO CÓRCOLES, 2008, p. 269). Más allá de cómo deben ser fijados y conforme a qué criterios sí puede afirmarse que, para que la Administración pueda eludir su responsabilidad por haber actuado conforme a tales estándares, es necesario que éstos sean razonables. A mi juicio, no cabría entender que la Administración actúa diligentemente cuando no inspecciona una residencia durante 10 años, aunque el estándar del servicio estableciese que tal es la frecuencia exigible. No será necesario comprobar la razonabilidad del estándar en cuestión cuando la Administración no acredite ni siquiera haber cumplido con él, como sucede en la STSJM 541/2017 (rec. 61/2016) —referida a un supuesto de deficiente vigilancia de un residente que se suicidó por padecer una enfermedad mental—.

> Se ha dicho que los estándares medios del servicio se determinan jurisprudencialmente (GALLEGO CÓRCOLES, 2008, p. 269). No obstante, hay otros elementos que probablemente también contribuyen a

fijarlos, como las cartas de servicio. Lo que es cierto es que jurisprudencialmente se comprobará si ese estándar es suficiente para evitar que la Administración responda.

Conviene precisar que el hecho de que exista este deber positivo de inspeccionar *no sitúa a la Administración en una posición de garante*. Para que la Administración sea considerada garante no es suficiente con que deba actuar, sino también que esté obligada a evitar el daño. Se ha propuesto que esta posición de garante es necesaria para poder afirmar la existencia de responsabilidad por culpa *in vigilando*, porque sólo entonces se podrá imputar causalmente el resultado dañoso a la omisión de la Administración (MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 241-244). Desde mi punto de vista no hay duda de que si la Administración se encuentra en una posición de garante la imputación del resultado se ve facilitada, porque el nivel de diligencia que se le exige es máximo, pero el sistema de responsabilidad patrimonial no excluye necesariamente que la omisión de una conducta por su parte dé lugar a esa responsabilidad, cuando tal conducta fuera debida, aunque no exista esa posición de garante (GALLEGO CÓRCOLES, 2008, pp. 289-290). Esta idea se apoya en el argumento de que no toda facultad inspectora, por el hecho de tener una finalidad preventiva, hace a su titular garante de la legalidad. Es decir, la titularidad de facultades inspectoras no conlleva una obligación de resultado que consista en evitar cualquier daño. Para entender que existe posición de garante hace falta algo más, pues la atribución de facultades de inspección no se dirige a evitar el daño a toda costa, sino a asegurar el buen funcionamiento del servicio (supra p. 0).

A pesar de ello, la construcción de la responsabilidad por culpa *in vigilando* que se acaba de exponer está lejos de abarcar una gran cantidad de casos en los que la Administración debe responder. El juicio sobre causalidad hipotética supone un primer filtro para excluir la responsabilidad en los casos en los que la actuación omitida nada tiene que ver con el *iter* causal. Pero es el segundo nivel el que permite excluir una cantidad aún mayor de supuestos, pues sólo admite la responsabilidad administrativa si la conducta omitida habría servido para evitar el daño, al intervenir de forma determinante en el curso causal del daño. Es decir, aunque la Administración haya sido poco diligente en su labor inspectora, *no deberá responder salvo que no haya duda de que su intervención habría evitado la lesión*.

Y aún hay que añadir un elemento adicional. Ya se ha dicho que una omisión no puede ser causa natural de un resultado, de modo que tiene que haber alguna conducta activa que haya causado el daño. Por ello, en estos casos de responsabilidad *in vigilando* se dará una *concurrencia de causas* entre la omisión administrativa y la acción del sujeto que haya generado efectivamente el daño. Este sujeto será, por lo general, el gestor privado de la residencia —mixta o privada—, quien responderá solidariamente junto con la Administración frente al reclamante que haya sufrido la lesión (BELADÍEZ ROJO, 1998, p. 207). Y tampoco hay que descartar que se produzca una concurrencia de causas cuando son dos las Administraciones que no han ejercido diligentemente sus facultades inspectoras.

Por todo ello, esta responsabilidad por culpa *in vigilando* es exclusivamente administrativa, pues sólo a la Administración corresponde la inspección de los centros residenciales. Y se trata de una responsabilidad administrativa susceptible de surgir en relación con cualquier tipo de centro. Sin embargo, en aquellos centros públicos que la Administración gestiona directamente —los controla y lleva a cabo la ejecución del servicio— puede afirmarse que en los centros públicos no hay responsabilidad administrativa *in vigilando*, o que, si la hay, es prácticamente indistinguible de la responsabilidad por prestar el servicio. Por tanto, *sólo en los centros mixtos y privados es donde hay* más *responsabilidad*: a la responsabilidad exigible al sujeto gestor puede sumarse, bajo determinadas circunstancias, la responsabilidad de la Administración que ha vigilado de forma negligente. En

definitiva, en los centros públicos la responsabilidad frente a terceros la asume enteramente la Administración, mientras que en los centros mixtos y privados se comparte con los sujetos privados, en distinta medida.

3.5. Régimen económico

a. Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario como contraprestación de servicios públicos

La prestación residencial que dispensan los centros públicos y mixtos puede calificarse de servicio público. En esa medida, resulta ahora imprescindible analizar el régimen económico general en la recepción de servicios públicos para después aplicarlo al caso de las residencias. Durante décadas ha habido un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza de las prestaciones percibidas por la recepción de servicios públicos y su naturaleza de precio público, tasa, tarifa o prestación patrimonial de carácter público no tributario. Puede decirse que, tras ese debate, el concepto de *prestación patrimonial pública*, cuyo establecimiento se encuentra sometido a *reserva de ley* (art. 31.3 CE), se caracteriza por las siguientes notas:

(a) *Coactividad*. Hay coactividad cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público; cuando la obtención del bien o servicio es objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades de la vida personal o social de las personas o cuando el ente público de que se trate tiene un monopolio de hecho o de Derecho sobre los bienes, servicios o actividades de que se trate (STC 185/1995, FJ 3).

(b) Inequívoca *finalidad de interés público* (STC 182/1997, FJ 15).

Es fácil ver que ésta es una categoría amplia que incluye, entre otros ingresos, los tributos. Éstos son naturalmente de imposición obligatoria y el fin de interés público básico al que responden es el *sostenimiento de los gastos públicos* (art. 31.1 CE). Por ello, cuando nos encontramos ante una prestación coactivamente impuesta y que responde a un interés público, su calificación como tributo no debe depender tanto de la forma de gestión como de si contribuye a sostener los gastos públicos.
La LCSP ha realizado alteraciones relevantes de la normativa en esta materia en dos sentidos:

(a) La DF 11ª LCSP modifica la DA 1ª de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302 de 18.12.2003) (en adelante, LGT), antes referida a las exacciones parafiscales y que ahora define lo que debe entenderse por *prestaciones patrimoniales de carácter público tributario y no tributario*. La diferencia fundamental radica en que no serán tributarias aquellas prestaciones obtenidas por la prestación de servicios gestionados indirecta o directamente mediante personificación privada.

(b) El art. 289.2 LCSP establece que las contraprestaciones que perciban los concesionarios de servicios se denominan *tarifas* y tienen naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

En relación con estas modificaciones legislativas —y otras relacionadas— se planteó un recurso de inconstitucionalidad resuelto recientemente por la STC 63/2019, de 9 de mayo. Las quejas de inconstitucionalidad se refieren fundamentalmente a dos aspectos. El primero es que se vulnera la

reserva de ley del art. 31.3 CE, pues no puede entenderse satisfecha con la escasa regulación contenida en el art. 289.2 LCSP. El segundo es que esta reforma desconoce la doctrina del TC sobre el art. 31 CE y, en particular, lo que dijo en la STC 185/1995, de forma que altera el régimen jurídico existente de las tasas. Según el grupo parlamentario recurrente, esa doctrina interpreta que la naturaleza de las contraprestaciones es tributaria siempre que se trate de servicios públicos por los que, directa o indirectamente, se abone una contraprestación a la Administración. Es decir, que *la forma de gestión sería irrelevante* a los efectos de calificar jurídicamente la contraprestación, que deberá considerarse una tasa. Por lo demás y en lo que aquí interesa, plantea también una posible vulneración del art. 14 CE, en la medida en que hacer depender de una decisión organizativa de la Administración —gestión directa o indirecta— la naturaleza de la contraprestación puede dar lugar a situaciones de desigualdad o discriminación entre usuarios del mismo servicio público.

El TC ha desestimado íntegramente el recurso de inconstitucionalidad contra estas normas:

(a) Tras analizar su propia doctrina, llega a la conclusión de que *la STC 185/1995 no predetermina el modo de gestión ni de financiación de los servicios públicos*, sobre todo si se tiene en cuenta que el problema fundamental resuelto entonces era de reserva de ley (FJ 3.c). Entiende que la nueva regulación no afecta al régimen jurídico de las tasas y precios públicos, ya que la configuración de las nuevas tarifas corresponderá a la regulación específica del servicio (FJ 6.a). La decisión sobre cuál debe ser la forma de prestación o financiación de los servicios públicos corresponde al legislador, de forma que no queda predeterminada por la jurisprudencia del TC, y menos aún puede inferirse que impide utilizar la categoría de prestación patrimonial de carácter público no tributario en ese contexto (FJ 6.b). Por ello, la previsión abstracta de esta categoría en la LCSP no es contraria a la CE.

(b) La reserva de ley del art. 31.3 CE no se ve lesionada, dado que no exige que se fijen legalmente todos los elementos de la prestación, sino únicamente que se establezcan por ley los *criterios para la cuantificación* de la prestación. A juicio del TC, el art. 289.2 LCSP contiene criterios para determinar la cuantía, al relacionarla con el coste del contrato. Y ello sin perjuicio de que su fijación deba hacerse conforme a la normativa reguladora del correspondiente servicio público (FJ 6.c).

(c) Por último, no aprecia vulneración del art. 14 CE, pues los argumentos dados por el grupo recurrente *no demuestran que pueda producirse una diferencia entre situaciones iguales* que dé lugar a un trato discriminatorio. En este sentido, recuerda que la naturaleza de la contraprestación dependerá de la previa decisión del legislador sobre cada servicio (FJ 7).

La STC 63/2019 viene a resolver varias dudas interpretativas que se habían planteado tras la aprobación de la LCSP, pero quedan aún algunas cuestiones por aclarar. La primera de ellas es que el TC *no se plantea que haya contraprestaciones que no se impongan coactivamente* y, por tanto, no merezcan la calificación de prestaciones patrimoniales públicas, tributarias o no. No queda claro entonces si una norma con rango de ley puede elevar a categoría de prestación patrimonial pública y someter así a reserva de ley algo que, materialmente, no lo es. Sí se afirma en la STC 63/2019 que la denominación legal no predetermina que deban encuadrarse automáticamente en el art. 31.3 CE, pero no se dice cuál es la consecuencia de ese no encuadramiento (FJ 5.a). Es claro que no en todo caso concurrirá necesariamente la nota de coactividad, por lo que no siempre deberán ser consideradas

prestaciones patrimoniales de carácter público, y por tanto no será necesario su establecimiento con arreglo a la ley (TORNOS MAS, 2017, p. 11).

> Un problema similar se plantea en la Comunidad Valenciana, en la que por ley se califica como tasa cualquier contraprestación abonada en centros públicos o concertados (infra § 0).

Una segunda duda se plantea porque sigue sin quedar del todo clara la determinación de *cuándo nos encontramos ante una contribución al sostenimiento de los gastos públicos*, pues éste es el criterio determinante ex art. 31.1 CE para saber si estamos ante una tasa o una de las nuevas tarifas. La STC 63/2019 bendice que el legislador pueda optar por una financiación tributaria o tarifaria de los servicios públicos, pero entiende que esta nueva regulación de las tarifas «se hace salvaguardando el régimen jurídico existente referido a las tasas, que no resulta modificado» (FJ 6.b). Esta conclusión sólo puede alcanzarse si se entiende que nunca una tarifa del art. 289.2 LCSP sostendrá los gastos públicos. Pero, aunque ése pueda ser el resultado típico, es posible que haya situaciones en las que sí sostengan los gastos públicos —por ejemplo, por cómo esté configurada económicamente la concesión—. En ese caso, serán tasas por mandato del art. 31.1 CE, por mucho que digan la DA 1ª LGT o el art. 289.2 LCSP. El TC parece asumir que en estas tarifas la nota de coactividad siempre estará presente y no concurrirá la de contributividad, pero la variedad de servicios públicos y posibles supuestos aconsejan no descartar una configuración distinta de estas prestaciones. Como recuerda la misma STC 63/2019, estas prestaciones «tienen cada una la naturaleza propia que se derive de su configuración y régimen jurídico, sin que este Tribunal deba verse vinculado por el *nomen iuris* dado por el legislador» (FJ 5.a).

Si no hay coactividad no habrá prestación patrimonial de carácter público, tributario o no. Pero, cuando sí haya coactividad, permanece la duda del sostenimiento a los gastos públicos. El TC pareció decantarse tempranamente por entender que la contribución a sostenerlos sólo existe cuando el ingreso se abona directamente a la Administración, mientras que el pago entre privados refleja una ausencia de contributividad (STC 182/1997, FJ 15). No obstante, las SSTC 102/2005 y 121/2005 sostuvieron el carácter tributario de las tarifas portuarias independientemente de si la gestión era directa o indirecta —de modo que su abono no se realizaba necesariamente a la Administración—. De esta forma, existen dos posibles soluciones a esta cuestión. La primera consistiría en entender que hay carácter tributario allí donde, directa o indirectamente, se financia o evita un gasto público (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2018, p. 336) —ésta es la tesis del grupo parlamentario recurrente en la STC 63/2019—. Así, la opción por la gestión indirecta de un servicio estaría conectada con su mayor eficiencia, o, al menos, con un ahorro de la Administración. Y ello también estaría estrechamente relacionado con la irrelevancia de la forma de gestión para entender que nos encontramos ante tasas. Una segunda postura apuntaría al *criterio formal de observar cuál es el sujeto que recibe el abono*, de forma que si es la Administración habría carácter contributivo, mientras que si se abona a un privado no lo habría (GÓMEZ-FERRER RINCÓN, 2015, pp. 42 y 44).

La STC 63/2019 no da muchas pistas, pero parece optar implícitamente por este segundo criterio al analizar la evolución de la doctrina constitucional sobre las tasas cuando sostiene que «la gestión de los servicios públicos de forma directa pero mediante entidades con personificación privada, o de forma indirecta, podría en su caso ser financiada mediante figuras no tributarias, denominadas tarifas» (FJ 3.e).

El TC hace esta afirmación al analizar la eliminación del segundo párrafo del art. 2.2.a LGT obrada por la DF 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (BOE núm. 55 de 5.3.2011). Este párrafo especificaba que formaba parte del hecho imponible de las tasas —como actividad en régimen de Derecho público— la ejecución de servicios mediante las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión de servicios públicos de titularidad pública. Este párrafo se introdujo precisamente para aclarar el hecho imponible de las tasas a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2018, pp. 320-322). Así, se interpretó de forma que, a efectos de calificar una contraprestación como tasa, era irrelevante la forma de gestión del servicio siempre que éste fuera de titularidad pública. Por ello, la STC 63/2019 entiende que su supresión hizo que recuperara vigencia el esquema anterior, conforme al cual sólo la gestión directa por la Administración constituía el hecho imponible de las tasas, siendo lo demás financiable a través de tarifas que, por tanto, no tenían carácter tributario (FJ 3.e). En la medida en que considerar irrelevante la forma de gestión para calificar la contraprestación no dependía del art. 2.2.a LGT, sino de la interpretación del art. 31 CE por el TC, ha habido quien ha sostenido que su supresión no debió suponer el abandono de la irrelevancia y la vuelta al criterio anterior (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014, pp. 240-243, 2018, p. 322). No obstante, es ahora el propio TC el que confirma que ese esquema anterior sí había de ser recuperado.

A mi juicio, el criterio debe ser el relativo al sujeto perceptor de la contraprestación. A pesar de que su marcado carácter formal podría llevar a resultados contrarios al art. 31.1 CE, tales disfunciones podrían evitarse mediante la introducción de alguna *cláusula correctora*, como entender que no hay sostenimiento de los gastos públicos si la Administración recibe el ingreso en calidad de mera depositaria, dado que transferirá íntegramente el importe cobrado al contratista, y viceversa —tanto si se trata de un contrato de servicios como de una concesión—. Por lo demás, esta interpretación se compadece con el art. 289.2 LCSP y la DA 1ª LGT. Estos preceptos deben interpretarse en el sentido de que el legislador entiende que, *tendencialmente*, los servicios prestados directamente mediante formas privadas, o indirectamente mediante concesión, se fijan coactivamente y no contribuyen a sostener los gastos públicos, pero ese análisis no puede sino realizarse caso a caso. Habrá que atender también a la normativa específica del servicio público de que se trate, pues estas modificaciones legales abstraen del ordenamiento tributario a estas tarifas (VILLAR ROJAS, 2018, p. 97), algo que también ha confirmado la STC 63/2019 (FJ 6.a). Y sin negar el atractivo de la idea de que la forma de gestión no debería afectar a la naturaleza del ingreso —similar al argumento relativo al estándar de responsabilidad aplicable a los centros mixtos [supra § 1(a)]—, tampoco puede extenderse el concepto de contribución a sostener los gastos públicos hasta el extremo de entender que abarca todo ingreso satisfecho por la recepción de servicios públicos, independientemente de la forma de gestión y del sujeto perceptor —es decir, independientemente de qué gastos sostenga—. Y quedaría por afrontar la abstrusa cuestión relativa a cuándo se evita un gasto público: aunque la gestión indirecta haga que la Administración evite un gasto inmediato, es posible que surjan otros relativos a la vigilancia del servicio o el equilibrio económico del contrato que planteen dudas sobre si se ha producido un verdadero ahorro. A lo sumo, *tal carácter contributivo debería demostrarse en el caso concreto*, lo que permite trabajar con el sujeto perceptor como criterio orientativo de la naturaleza de la contraprestación, pues será normalmente quien la incorpore a su patrimonio para sostener sus propios gastos.

Una tercera cuestión es la referida a la reserva de ley de las tarifas como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias (art. 31.3 CE). Por muy relativa que sea esa reserva, la ley tiene que intervenir en la configuración básica de las tarifas. El art. 289.2 LCSP únicamente menciona su revisión y remite a la regulación general de la revisión de precios en la LCSP, por lo que se plantea la posible vulneración de la reserva de ley. Sin embargo, el TC no aprecia esa vulneración, pues las prestaciones

patrimoniales públicas ven satisfecha la reserva de ley cuando se establecen por ley los criterios para su cuantificación (STC 63/2019, FJ 6.c). Y en la mención a la revisión de precios *el TC ve criterios legales para la determinación de la cuantía que se asocian al coste del contrato*, sin perjuicio de que haya de estarse a la normativa del servicio público correspondiente para el cálculo final. Sin que pueda aquí desarrollarse esta cuestión en detalle, es posible que esa remisión genérica constituya un envío a otras normas —previsiblemente infralegales— que, «por su indeterminación, [suponga] una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» (STC 185/1995, FJ 6.c). Eso sí, parece quedar descartada la posibilidad de que su configuración derive directamente del contrato de concesión de servicios.

> La cuarta y última duda que queda tras la STC 63/2019 es si de verdad puede descartarse que haya discriminación de ciertos usuarios causada por la distinta naturaleza de contraprestaciones que deban abonar por el mismo servicio público. La sentencia rechaza esta posibilidad, pero no por un argumento de fondo, sino porque el recurso de inconstitucionalidad no concreta, a su juicio, casos en los que quede demostrada una diferencia de trato que sea discriminatoria. El TC sostiene que esas diferencias se deberán a la previa decisión del legislador acerca de cómo debe prestarse y financiarse el servicio. Por ello, no aprecia irrazonabilidad, arbitrariedad o carencia de justificación, ya que entra dentro del margen de configuración de que goza el legislador (FJ 7). El problema entonces se planteará cuando el legislador no opte, que será lo normal: si la ley permite distintas formas de gestión, tanto directa como indirecta, *será la Administración quien disfrute de ese margen*. Y no puede descartarse en absoluto que haya decisiones administrativas sobre la organización de servicios sociales que, por su motivación ausente o deficiente, puedan generar diferencias discriminatorias. De esta forma, aunque no pueda apreciarse una vulneración abstracta del art. 14 CE por la nueva regulación de las tarifas, no debe rechazarse a priori que haya casos concretos en los que sí se lesione. Un ejemplo de ello podría ser que se determinara que la Administración ha optado por una forma indirecta de gestión en un centro con el único objetivo de sortear el límite que supone, para la cuantía, el sometimiento de las tasas al principio de equivalencia de coste, pero no en todos los centros, sino sólo en algunos [infra § 1(b)].

Lo anterior se refiere a las concesiones de servicios. La pregunta evidente que surge con esta última modificación legal es por qué el legislador no ha establecido el mismo régimen de tarifas para los contratos de servicios con prestaciones directas para la ciudadanía. Para estos contratos el art. 312 LCSP sólo menciona que al contratista le será abonada la contraprestación económica fijada para que los particulares utilicen el servicio (art. 312.b LCSP). Atendiendo al hecho de que la DA 1ª LGT no establece una lista cerrada de supuestos y a la identidad de fundamento y función de estas contraprestaciones con las obtenidas por los concesionarios, *pueden calificarse también como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario* (VILLAR ROJAS, 2018, p. 98). Pero esta afirmación es la concreción de un criterio más general: debe realizarse el test de la coactividad, el interés público y la contribución al sostenimiento de los gastos públicos en cada caso para determinar si estamos ante un tributo, una prestación pública no tributaria o un precio privado. No obstante, también se ha señalado la incompatibilidad de las nuevas tarifas del art. 289.2 LCSP con la ausencia de transmisión del riesgo operacional al contratista de servicios del art. 312 LCSP, lo que llevaría a entender que, generalmente, éste percibiría tasas (TORNOS MAS, 2017, p. 10). Confieso que no veo una relación necesaria entre ausencia de transmisión del riesgo operacional y carácter tributario del ingreso, pues el hecho de *que el contratista no asuma el riesgo no implica automáticamente que lo ingresado por él contribuya a sostener los gastos públicos*. Dos ideas: aunque el contratista perciba tarifas, del resto del contrato puede derivarse que no asume el riesgo operacional; y en el cálculo del importe de la tasa nada impide incluir un beneficio industrial razonable del contratista (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014, pp. 263-265). Creo que ambos argumentos conducen a desconectar el contrato de

servicios con el carácter tributario de la contraprestación. Y a ello cabría añadir una tercera razón: siguiendo el criterio formal del sujeto que ingresa, lo habitual es que lo haga el propio contratista, de modo que tampoco se sostendrían los gastos públicos —el argumento es idéntico al derivado del art. 289.2 LCSP y la DA 1ª LGT—.

b. Las contraprestaciones por la prestación del servicio residencial

Visto todo lo anterior es posible ya clasificar los ingresos percibidos por los sujetos gestores de las residencias de mayores. En los *centros públicos* hay dos posibilidades: que la contraprestación sea *una tasa o un precio público*. Será tasa si hay coactividad, que puede consistir en un monopolio de hecho o en que la prestación del servicio residencial sea objetivamente indispensable para la vida del usuario. En caso de que no exista coactividad, la naturaleza de la contraprestación será la de un precio público.

> En cualquiera de los dos casos, será de aplicación la legislación sobre tasas y precios públicos que corresponda. Normalmente será aplicable en primer lugar la normativa autonómica sobre esta materia y supletoriamente la estatal, dado que la competencia sobre servicios sociales es autonómica.

En los *centros mixtos* sucede algo similar. Ya se ha señalado que la diferencia de tratamiento en la LCSP entre los centros concertados y concedidos no justifica automáticamente una calificación distinta de las contraprestaciones percibidas en cada uno. Por tanto, *debe comprobarse si la recepción del servicio es coactiva y, en caso de que lo sea, si contribuye o no a sostener los gastos públicos*. La coactividad debe evaluarse de la misma forma que se acaba de indicar para las residencias públicas —al fin y al cabo, el servicio sigue siendo de responsabilidad pública—. Si no hay coactividad no habrá prestación patrimonial pública, llámese tarifa u otra cosa (TORNOS MAS, 2017, p. 11). En caso de que la recepción del servicio sea coactiva, debe analizarse si con su abono se contribuye a sostener los gastos públicos. Y ya se ha indicado que el nuevo art. 289.2 LCSP debe interpretarse en el sentido de que, por lo general, no se produce tal contribución en los contratos de concesión de servicios, de forma que lo que percibirá el contratista son tarifas. Si la hay, serán tasas. De la misma forma, puede entenderse que en los conciertos contractuales —si están articulados a través de contratos de servicios del art. 312 LCSP— habrá tasas o tarifas, en función de si los pagos son satisfechos a la Administración responsable del servicio o directamente al contratista. Y, por último, en los centros de acción concertada —no contractual— la solución es similar, no porque deba aplicarse analógicamente la LCSP a supuestos que, en principio, no entran en su ámbito de aplicación, sino porque el test propuesto puede aplicarse de igual forma a los ingresos obtenidos a través de instrumentos de acción concertada —pues su fundamento es constitucional (art. 31)—. Deberá comprobarse así si hay coactividad y, en su caso, si se contribuye a sostener los gastos públicos. A todo ello hay que añadir que varias normas autonómicas prohíben a los gestores de centros mixtos cobrar cantidad alguna sin autorización administrativa expresa (arts. 63.2 LSSPV o 104.3 LSSA).

> No obstante, el art. 112.1 LSSCV prescinde de estas consideraciones y opta por calificar directamente como tasa toda contraprestación que abonen los residentes en centros públicos y concertados, siempre que el acceso a la plaza se obtenga mediante una resolución administrativa, pues se considera así que el servicio residencial se presta en régimen de Derecho público. Esto es un intento claro de igualar el régimen económico de los servicios residenciales prestados directamente y a través de concierto, a pesar de que tengan formas de gestión distintas —no sucede lo mismo con los prestados a través de contratos públicos, aunque no se ofrece motivo para ello—. Pero ya se ha visto cómo la forma de gestión sí es relevante a la hora de calificar jurídicamente las contraprestaciones por la recepción de servicios sociales (supra § 0), por lo que plantea bastantes dudas el hecho de que una ley califique de tasa una

> determinada contraprestación, con independencia de si reúne o no las notas que caracterizan a los tributos. El problema es similar al que surge cuando es la LCSP la que califica como prestación patrimonial pública no tributaria a toda contraprestación percibida por el concesionario, aun cuando no concurra la nota de coactividad (supra § 0). La conclusión debe ser que cada una debe calificarse atendiendo a las circunstancias del caso, independientemente de su denominación legal, pues ésta debe subordinarse, en todo caso, a lo que dispone el art. 31.CE.

En el caso de los *centros privados* resulta claro que se tratará, en cualquier caso, de *precios privados* fijados libremente y normalmente sometidos a algún tipo de intervención —por lo general, comunicación a la Administración autonómica (arts. 19.3 LCSSM y 123 LSSA)—.

Las *consecuencias* de que se esté ante una tasa, una tarifa, un precio público o un precio privado son las siguientes:

(a) La tasa y la tarifa están sometidas a *reserva de ley* (art. 31.3 CE), aunque la intensidad de la reserva a la que se somete la tasa es más intensa (art. 133.1 CE) (STC 63/2019, FJ 5). No obstante, ambas reservas de ley son relativas, lo que permite una remisión a normas infralegales para fijar aspectos de la prestación siempre que los criterios o principios para ello estén previstos en la ley (SSTC 185/1995, FJ 5, 102/2005, FJ 3, y 63/2019, FJ 6.c). Por otra parte, la tarifa sólo estará reservada a la ley si hay coactividad; la tasa, siempre.

> En el caso de los municipios, la reserva de ley tributaria se ha flexibilizado aún más atendiendo a la legitimidad democrática directa del Pleno de la Corporación —principio de autoimposición de la comunidad— y al principio de autonomía local del art. 137 CE interpretado como un mandato de optimización (STC 233/1999, FJ 10) (VELASCO CABALLERO, 2009, § I.28).

(b) La tasa debe respetar el *principio de equivalencia de coste grupal*, que establece con carácter general que el importe de la tasa deberá tender en su conjunto a cubrir el coste del servicio prestado por la Administración [art. 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (BOE núm. 90 de 15.4.1990) (en adelante, LTPP)]. No obstante, el coste es normalmente el límite mínimo para cuantificar precios públicos (art. 25 LTPP).

> En el ámbito local el coste no es el importe al que tenderá la tasa sino su límite máximo, según dispone el art. 24 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE núm. 59 de 9.3.2004) (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014, p. 256).

En cuanto a las tarifas, probablemente también superen el coste del servicio para que éste pueda resultar económicamente viable al contratista, pues de lo contrario irán acompañadas de una compensación por parte de la Administración que conceda o concierte. Esto no es incompatible con la asunción por el concesionario de servicios del riesgo operacional si la compensación se establece en función del número de residentes en el centro concedido. Además, el TC anuda su cuantificación al coste del contrato (supra § 0). Y es natural también que los precios privados incluyan un margen de beneficio neto para el sujeto gestor del centro, por lo que también superarán el importe del coste.

(c) Por último, desde el punto de vista de la *gestión recaudatoria* también hay diferencias. Los precios privados se rigen por la legislación de Derecho privado. Pero mientras que las tasas y los precios públicos podrán recaudarse a través del llamado procedimiento de apremio, esa conclusión no

parece tan clara para las tarifas, por dos razones: no son tributos —por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LGT—; y se ingresan a privados, por lo general. Por ello, aunque pudieran calificarse de ingresos públicos, todo indica que su recaudación se hará sin posibilidad de acudir a la vía de apremio.

Esta calificación podría suponer un argumento para aplicar el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (BOE núm. 210 de 2.9.2005), cuyo art. 1 se refiere genéricamente a «recursos de naturaleza pública» en desarrollo de la LGT. En Andalucía, el art. 122.6 LSSA no distingue entre estos supuestos cuando dispone que será aplicable el citado reglamento, así como la LGT, a los ingresos en centros públicos y mixtos —que son los que componen el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía—. Por otra parte, en el ámbito local sí está previsto que el concesionario pueda solicitar al Ayuntamiento la recaudación por vía ejecutiva de las tarifas, como disponen los arts. 128.4.2º, 130 y 155.1 RSCL. En este caso, la recaudación ejecutiva corresponderá necesariamente al personal del Ayuntamiento (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2018, p. 335).

De estos tres grupos de consecuencias se deriva ya un *distinto régimen para cada uno de los tipos de ingresos*. Las tasas se enmarcan en la gestión directa del servicio —centros públicos— cuando hay coactividad, por lo que se someten a reserva de ley relativa, pueden recaudarse por la vía de apremio y no pueden superar, en su conjunto, el coste del servicio. En los casos de gestión directa sin coactividad se tratará de precios públicos, que deberán cubrir como mínimo el coste del servicio pero también podrán recaudarse en vía de apremio, y no tienen que estar previstos por ley. Si la gestión es indirecta —centros mixtos— pero la recepción del servicio es coactiva, se estará ante tarifas sometidas a reserva de ley —ya colmada— que podrán superar conjuntamente el coste del servicio y no podrán ser exigidas en apremio. Si son centros mixtos pero no hay coactividad, la única diferencia será la ausencia de reserva de ley. Y, finalmente, si se trata de centros privados no es necesario respetar el principio de equivalencia de coste y no hay reserva de ley, pero sí sometimiento a intervención administrativa de precios, que no podrán exigirse en vía ejecutiva.

Este ejercicio clasificatorio tiene la ventaja de poder servir para el análisis, incluso ex ante, de los principales *efectos que tiene la decisión administrativa sobre una u otra forma de gestión* del servicio de residencias de ancianos. En lo económico, cuando hay coactividad la gestión directa se caracteriza por una ventajosa gestión recaudatoria, pero supone un riesgo de déficit del servicio y está constreñida por una reserva de ley, aun relativa. La gestión a través de centros mixtos evita ese riesgo —que, en los centros concedidos, asumiría el contratista—, pero puede suponer un mayor coste para los residentes, aunque no se autorice más cobro que el de una contraprestación básica por el alojamiento. Si no hay coactividad, tanto la gestión directa como la indirecta son más caras para los residentes porque ambas cubren el coste del servicio, pero a cambio no hay reserva de ley. Y si la Administración opta por dejar en manos de los centros privados la prestación de estos servicios, los precios también cubrirán los costes más un margen y la Administración sólo podrá someterlos a comunicación o, como mucho, a aprobación —aunque no está claro con qué criterios—. Eso sí, ni el límite de la reserva de ley ni las dificultades recaudatorias preocuparán en ese caso a la Administración.

3.6. Requisitos organizativos

El último aspecto cuyo estudio es más relevante en relación con el régimen de los sujetos gestores de centros residenciales es algo que, de modo genérico, identifico como requisitos organizativos. Con ello me refiero a normas que inciden en dos vectores fundamentales de la configuración del centro: la organización *stricto sensu* —en un sentido burocrático, si se quiere— y la política de personal.

a. Relevancia de los requisitos organizativos en las prestaciones sociales

Ya se ha indicado en este trabajo que la actividad jurídica no es suficiente para la realización efectiva de prestaciones materiales como la residencial, sino sólo para establecer ex ante cómo debe ser ejecutada (supra § 0). Es entonces cuando puede apreciarse la relación que se da en este tipo de prestaciones entre la actividad jurídica y la material, al programar la primera cómo debe ejecutarse la segunda. Ahora bien, la simple previsión jurídica sobre el modo de ejecutar una prestación *no es suficiente*, por tres razones:

(a) Deben existir técnicas que sirvan para incorporar a la prestación material las prescripciones establecidas previamente, pues de lo contrario existiría un riesgo de desconexión entre la actividad jurídica y la material.

(b) No es posible conocer previamente cuáles van a ser las situaciones y necesidades que surjan durante toda la duración de la prestación y, por tanto, menos aún puede determinarse cómo deben ser afrontadas.

(c) En las prestaciones materiales la actuación de la persona que ejecuta la prestación es esencial desde un punto de vista fáctico, pues a través de ella es como se concreta su contenido.

Estos reparos no admiten una solución condicional o materialmente programada, de forma que es inevitable acudir a la organización, al procedimiento y a la formación del personal como técnicas para dirigir las prestaciones materiales o de servicios (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 110, 127-128, 151-154, 2016, pp. 19-22, ORBEGOSO SILVA, 2018, pp. 86-88). Pero el empleo de estas técnicas no es sólo necesario para una correcta ejecución de los servicios sociales, sino que *conecta directamente con los derechos fundamentales en su vertiente objetiva*. La organización y el procedimiento «sociales» se configuran así como una exigencia *iusfundamental* que obliga a los poderes públicos y, singularmente, a la Administración social a desarrollar una actuación positiva para la realización de los derechos fundamentales de los usuarios. Y se trata, en definitiva, de una obligación derivada de la cláusula del Estado social del art. 1.1 CE, que exige estructuras eficaces para la realización de sus fines (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 129-134, ORBEGOSO SILVA, 2018, pp. 175-177).

b. Requisitos organizativos para los centros residenciales

(i) Organización de los centros

Tras comprobar cuáles son los requisitos que se exigen a los distintos centros residenciales en las normas autonómicas puede afirmarse, en general, que *a todos los centros se les exige la misma clase de requisitos organizativos y funcionales*. Su establecimiento se hace a nivel legal y/o reglamentario y se encuentran típicamente vinculados a los requisitos para la autorización del centro —junto con otros, como los relativos a la formación del personal, la asistencia sanitaria en el centro o requisitos arquitectónicos y de seguridad—. Estas exigencias pueden resumirse del siguiente modo:

(a) Creación de *órganos de participación* en el seno de los propios centros (no me refiero, por tanto, a los órganos colegiados de participación que se han creado a nivel local o autonómico en varias comunidades autónomas para la participación *agregada* de los operadores del sector). La

composición de estos órganos es mixta, con miembros de la dirección, del personal y de los usuarios del centro. Aunque varias normas autonómicas fomentan o exigen la existencia de mecanismos para la participación democrática de los usuarios en la toma de decisiones que les afectan directamente (arts. 57 LSSC, 101 LSSCV y 41 LSSM), como son estos órganos participativos, su creación no responde tanto a la cláusula del Estado democrático como a la del Estado de Derecho. La idea que está detrás de esta participación no es la de la defensa del interés general de un pueblo, sino más bien la defensa de los derechos fundamentales de los usuarios —interés particular— que pueden así influir en la conformación de una prestación que afecta intensamente a tales derechos (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 177).

No obstante, ya hace tiempo se hacía referencia al carácter democrático de este sistema de participación en el Informe sobre la situación de las residencias de la tercera edad de la Comisión del Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos (BOE núm. 322 de 9.6.1989, Serie I, pp. 12502-12503, 12506).

(b) Sistemas de planteamiento de *sugerencias y quejas* por parte de los usuarios, ya sea como una necesidad organizativa o como un derecho de los residentes (arts. 9.1.j LSSPV, 4.j LSSM, 9.e LSSC o 10.e LSSA).

(c) *Ratios* máximas de personal del centro por personas usuarias del mismo (arts. 43.1 LSSC, 17.f LSCM, o 59.2 LSSA).

Estos requisitos se exigen a todos los centros. No obstante, es común que para los centros que dispensan prestaciones del sistema público —centros públicos y mixtos— se establezcan especificidades algo más estrictas, encaminadas a asegurar un *estándar superior de calidad del servicio*. Estas exigencias reforzadas se vinculan a la obtención de la acreditación —o documento equivalente— y afectan habitualmente a los procedimientos del centro. Así, por ejemplo, en el País Vasco es necesario que los centros homologados adecúen sus objetivos y programas a los de la Administración competente y que establezcan procedimientos de participación en la comunidad y el entorno social en el que la residencia se sitúa [Anexo V del Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad del País Vasco (BOPV núm. 66 de 7.4.1998)]. Otro requisito que en ocasiones se exige expresamente es el de que los centros acepten e incorporen las sugerencias e instrucciones que reciban de la Inspección (Anexo V del citado Decreto 41/1998) o de la Consejería competente [art. 22.2 del Decreto 109/1993, de 20 de mayo, por el que se regula la autorización, la acreditación y el registro de las entidades, servicios y centros de carácter social en Castilla y León (BOCyL núm. 98 de 26.5.1993)].

(ii) Personal de los centros

El otro ámbito en el que se enmarcan estos requisitos establecidos por la normativa sobre servicios sociales es el del *personal que presta su servicio* en los centros. Existe en estas prestaciones un gran componente personal, pues la actuación material de ejecución la llevan a cabo, inevitablemente, personas. Por tanto, es claro que el modo en que la persona la ejecute es crucial para que el residente obtenga una prestación de buena calidad. Desde esta perspectiva, las cualidades de la persona prestadora juegan un papel fundamental (arts. 43.2 LSSC y 52 LSSCL) —por ejemplo, el residente y el gestor del centro deben poder confiar en esa persona—. Pero, como en el tipo de Administración «conformadora» no funcionan bien los programas condicionales o materiales para dirigir la conducta,

el legislador se ha preocupado de establecer requisitos relativos a la formación de las personas que prestan sus servicios en centros como los residenciales.

En esta materia, las previsiones más habituales sobre personal en las distintas normas son las siguientes:

(a) El establecimiento de requisitos mínimos de *cualificación* y de ratios mínimas de personal por número de usuarios. Considero que este último requisito afecta tanto a la organización como al personal del centro, por lo que lo incluyo en ambas categorías.

(b) La necesidad de garantizar su *formación continua*, ya sea como mandato a los poderes públicos o como requisito organizativo exigido al gestor del centro (arts. 121 LSSCV, 53 LSSCL o 43.1 LSSC).

(c) La previsión de normas relativas a sus *condiciones de trabajo* —como la estabilidad laboral (art. 43.1 LSSC) o la buena conciliación de la vida laboral y familiar (art. 64.4 LSSPV).

La intensidad de estos requisitos varía en función del tipo de centro de que se trata, en función de si es público, mixto o privado. Por ello, marcan también diferencias en el régimen del gestor del centro y, correlativamente, en la configuración final de la prestación ofrecida. No obstante, puede decirse que *la tendencia es similar a la de los requisitos de organización y procedimiento*: se exigen unos mismos requisitos a todos los centros que, para el caso de los públicos y mixtos, se ven normalmente ampliados o reforzados. Un ejemplo son las ratios de personal por número de usuarios (art. 36.1 del Decreto castellanoleonés 2/2016 o Anexo II del Decreto vasco 41/1998). Esta ampliación se articula, de nuevo, a través del acceso a la acreditación del centro o equivalente, aunque nada impide que también se haga a través de las prescripciones técnicas de las distintas modalidades de concierto.

Hay que recordar una vez más que el reforzamiento de los requisitos organizativos para los centros públicos y mixtos tiene como objetivo garantizar la calidad de los sistemas públicos de residencias. Que el personal cuente con estabilidad laboral y un reconocimiento social y laboral adecuado (art. 43.1 LSSC) es un buen ejemplo de cómo estos requisitos en materia de personal son capaces de orientar la prestación de un servicio, pues incluso la *actitud* de la persona prestadora influye sustancialmente en cómo realiza su trabajo. Es más, la estabilidad laboral también evita que el personal tenga que aprender continuamente el tratamiento que corresponde a cada paciente, e incluso propicia las relaciones afectivas de los residentes con el personal.

> Así, dice el Pliego de prescripciones técnicas del contrato de servicios de la residencia para personas mayores, con servicio de estancias diurnas, de Priego (expediente 2702TO18SER00021 de la Secretaría General de la Consejería de Bienestar Social de Castilla-La Mancha) que la «empresa adjudicataria procurará que exista la necesaria continuidad del personal, asegurando su permanencia en la misma área del Centro [...], con el propósito de mantener un ambiente predecible y facilitar que las personas usuarias puedan sostener unas pautas estables y enriquecedoras de comunicación social y afectiva, con las personas pertenecientes a los diferentes grupos profesionales».

En el País Vasco, por ejemplo, los centros que quieran acceder a un concierto deberán acreditar haber implantado medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar, así como la perspectiva de género en su gestión (art. 64.4 LSSPV). Y en la Comunidad Valenciana, la política de gestión del personal opera como uno de los criterios para concertar plazas (art. 89.2 LSSCV). A un fin similar sirve

el establecimiento de catálogos de derechos y deberes del personal que presta servicios de responsabilidad pública (arts. 63 LSSA, 56 LSSCL y 12 y 13 LSSCV). En definitiva, tanto los requisitos organizativos como de personal que se exigen a las residencias de mayores también son un elemento de dirección —*Steuerung* (BURGI, 2016, §§ 7.18 y 10.6)— de la prestación que permite comparar su ejecución en cada tipo de centro.

En cualquier caso, conviene distinguir entre aquellos requisitos que se encaminan a mejorar las condiciones de trabajo del personal de los centros residenciales de aquellas previsiones legales que persiguen fines no relacionados con la prestación residencial. Un ejemplo de requisitos que responden a fines «parasociales» es el favorecimiento de la acción concertada con entidades que emplean a personas en situación de exclusión social, víctimas de violencia de género y machista o jóvenes extutelados (art. 89.2.n LSSCV). Se trata de normas referidas al personal de los centros, pero no se encaminan a garantizar una mejor situación laboral o de desempeño profesional, sino a realizar otros fines que el legislador también considera importantes.

4. Conclusiones

Aunque en estas páginas no puede abordarse un estudio completo de estos indicadores, ni de otros que probablemente habría que añadir, la utilidad de este estudio reside en que permite establecer parámetros que comparan analíticamente, desde el punto de vista del régimen jurídico, las ventajas e inconvenientes de cada forma de organizar las residencias de mayores, según la clasificación de éstas que se ha propuesto.

En un ejercicio de abstracción, que hay que realizar con cierta cautela, puede decirse que los indicadores que ponen de manifiesto una *mayor diferencia* entre los tipos de centros son el régimen económico y el de responsabilidad, así como los controles a los que se someten. La relevancia de que el centro sea público, mixto o privado incide en todos los aspectos de la contraprestación que abona el residente: naturaleza jurídica, importe, sujeto perceptor y sistema de recaudación. No tiene nada que ver la tasa abonada en un centro público con el precio privado satisfecho en un centro privado, pero es que éstos también guardan diferencias esenciales con las tarifas abonadas en los centros mixtos. En el régimen de responsabilidad sucede algo similar, pues los daños acaecidos en cada centro se someten a regímenes que difieren sustancialmente entre sí, tanto material como procesalmente. A ello se suma que en las residencias privadas y mixtas puede haber dos sujetos que respondan: el privado y la Administración —aunque ésta no siempre por el mismo motivo—. En lo que hace a los controles, es evidente que su número e intensidad varía en función del tipo de residencia, de forma que son máximos en los centros mixtos y mínimos en los privados. Y, como se ha visto, esta circunstancia no sólo afecta al control en sí, sino también a la posible existencia de responsabilidad administrativa.

Por otra parte, otros indicadores *revelan diferencias más moderadas* entre unos y otros centros. Es el caso del estudio de las actividades que conforman la prestación residencial, la relación entre el gestor y el residente o los requisitos organizativos de los centros. En el caso de las actividades conformadoras, las variaciones entre centros son perceptibles, pero no son diferencias cualitativas, sino cuantitativas. Al final, se trata de ver cuánto margen real de configuración de la prestación existe en cada centro. El análisis de las relaciones entre el gestor y el residente resulta clarificador y permite explicar, por ejemplo, la configuración del régimen de responsabilidad. Pero tampoco hay que exagerar su utilidad. Y si bien los requisitos organizativos suponen diferencias relevantes entre los

tipos de residencias, su importancia probablemente no es comparable a los contrastes que hay en materia económica, de responsabilidad o de controles.

La ventaja de manejar estos indicadores es que *permiten tomar decisiones más informadas a la hora de optar por uno u otro modelo prestacional*, en este caso de las residencias de mayores. De esta forma, es posible incorporar a la opción sobre la configuración del servicio consideraciones sobre el efecto que ésta va a tener, desde el punto de vista de régimen jurídico. Y esto puede hacerse en dos planos distintos.

(a) El plano inferior es el organizativo, en el que las decisiones sobre el modelo prestacional responden a razones exclusivamente jurídicas y tienen que ver con las posibilidades efectivamente disponibles para organizar la prestación residencial. En este nivel se manejan únicamente criterios técnico-jurídicos.

(b) Pero hay también un plano superior en el que estos indicadores pueden tener mucha proyección, pues en él se combinan las preferencias políticas con la opción por uno u otro modelo. Así, quizá sea organizativamente posible que un nivel de gobierno preste un servicio social directamente o a través de un concierto —cualquiera que sea la modalidad— e, incluso, que la forma de prestarlo sea organizativamente neutra. Pero puede que, por motivos políticos, se opte por la gestión directa para limitar el coste que soporta el usuario, aunque ello conlleve mayor carga de gestión y exposición a posibles reclamaciones de responsabilidad para el Ayuntamiento. O, inversamente, puede suceder que razones políticas lleven a querer permitir mayor libertad de configuración de la prestación a los actores privados por encima de otras cuestiones, de forma que la gestión directa sería la menos recomendable. Pensar en clave de indicadores permite predecir mejor qué pasa cuando se opta por un modelo o por otro.

Lo que se pretende mostrar con ello es lo que este análisis trata de aportar a la organización de los servicios residenciales: una mayor precisión en la determinación ex ante de las consecuencias que cada forma de organización tiene en el servicio, precisamente *para dirigir mejor* su prestación hacia los objetivos que se pretenda alcanzar.

5. Bibliografía

Jorge AGUDO GONZÁLEZ (2018), *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.

Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ (2014), «Responsabilidad civil médica», en Luis Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 697-815.

Francisco Javier DE AHUMADA RAMOS (2004), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.

Margarita BELADÍEZ ROJO (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos.

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE (1992), *El régimen jurídico de la acción social pública*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.

Miguel Ángel BERNAL BLAY (2018), «La contratación de los servicios a las personas», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 2791-2823.

Martin BURGI (2016), «Verwaltungsorganisationsrecht», en Dirk EHLERS y Hermann PÜNDER (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlín-Boston, De Gruyter, pp. 256-323.

Tomás CANO CAMPOS (2002), «La analogía en el Derecho administrativo sancionador», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 113, pp. 51-88.

Silvia DÍEZ SASTRE (2019), «La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios», en Antonia AGULLÓ AGÜERO *et al.*, *Financiación de la sanidad, tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 231-261 (en prensa).

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2019), «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, núm. 2/2019.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2002), *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2008), «Los centros residenciales para personas mayores en el marco del sistema de servicios sociales», en Isabel ZURITA MARTÍN (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, Bosch, pp. 93-156.

Alfredo GALÁN GALÁN (2010), «La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en Alfredo GALÁN GALÁN y Cayetano PRIETO ROMERO (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Barcelona, Huygens, pp. 85-123.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE (1993), *Derecho Administrativo I. Materiales*, 5ª ed., Madrid.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH *et al.* (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons.

Isabel GALLEGO CÓRCOLES (2008), «Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa *in vigilando* como título de imputación», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, pp. 265-291.

Eduardo GAMERO CASADO (2018), «Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2151-2208.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2017a), *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I*, 18ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2017b), *Curso de Derecho Administrativo. Volumen II*, 15ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.

Andrea GARRIDO JUNCAL (2017), «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, pp. 84-100.

Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2015), «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos* [Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo], Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 25-67.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2012), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.

Bernd GRZESZICK (2016), «Staatshaftungsrecht», en Dirk EHLERS y Hermann PÜNDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlín-Boston, De Gruyter, pp. 881-981.

Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE (2018), «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 2083-2150.

Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2017), «La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro», en José Carlos LAGUNA DE PAZ, Íñigo SANZ RUBIALES, Isabel DE LOS MOZOS TOUYA y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (coords.), *Derecho Administrativo e*

integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz, Vol. 2, Tomo 2, Madrid, Reus, pp. 1035-1052.

José Carlos LAGUNA DE PAZ (2006), *La autorización administrativa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2014), *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*, Madrid, Marcial Pons.

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2018), «Aspectos tributarios. En especial, las novedades en las contraprestaciones por los servicios públicos locales», en Silvia DÍEZ SASTRE (ed.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*, 2ª ed., La Coruña, Iuris Utilitas, pp. 315-342.

Hartmut MAURER y Christian WALDHOFF (2017), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19ª ed., Múnich, C.H. Beck.

Luis MEDINA ALCOZ (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

Luis MEDINA ALCOZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función», en Tomás CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo IV*, Madrid, Iustel, pp. 31-68.

Oriol MIR PUIGPELAT (2000), *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas.

Oriol MIR PUIGPELAT (2012), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Edisofer.

Miluska F. ORBEGOSO SILVA (2018), *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Julia ORTEGA BERNARDO (2017), «Servicios públicos e iniciativa económica local», en Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho económico local*, Madrid, Marcial Pons, pp. 73-104.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1994), «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, pp. 239-253.

Fernando PASTOR MERCHANTE (2019), «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial», en Silvia DÍEZ SASTRE (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*, Madrid, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, pp. 141-172.

José María PÉREZ MONGUIÓ (2008), «La responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados a personas mayores ingresadas en centros residenciales», en Isabel ZURITA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, Bosch, pp. 157-179.

Ricardo RIVERO ORTEGA (2000), *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007), *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons.

Eberhard SCHMIDT-AßMANN (1993), «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual», *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, pp. 7-31.

Eberhard SCHMIDT-AßMANN (2006), *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed., Berlín-Heidelberg, Springer.

Rolf STOBER y Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995), «Las actuaciones materiales o técnicas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 267, pp. 573-590.

Joaquín TORNOS MAS (2017) «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *La Administración al día* (INAP), publicado el 12 de diciembre de 2017 (consultado el 3 de diciembre de 2018). Disponible en http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508103

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2018), «La relación jurídico-administrativa», ponencia presentada en el XII Seminario de Teoría y Método, 25 de mayo de 2018, Universidad de Santiago de Compostela.

Marcos VAQUER CABALLERÍA (2002), *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Francisco VELASCO CABALLERO (1998), *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo.

Francisco VELASCO CABALLERO (2009), *Derecho local. Sistema de fuentes*, Madrid, Marcial Pons.

Francisco VELASCO CABALLERO (2014a), *Derecho público* más *Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.

Francisco VELASCO CABALLERO (2014b), «Sujetos privados en las comunicaciones previas y las declaraciones responsables para el control municipal de las actividades económicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, pp. 29-70.

Francisco José VILLAR ROJAS (2017), «Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, pp. 12-21.

Francisco José VILLAR ROJAS (2018), «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, pp. 75-101.

InDret
2.2020

Alejandro Turienzo Fernández
Universidad de Barcelona

¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos

Sumario

-

Cada vez son más los países del entorno comparado que, siguiendo los pasos de Estados Unidos, han abierto la puerta al principio de oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas de la mano de los denominados NPAs/DPAs. Esto da a pensar si acaso convendría que España fuese la siguiente en sumarse a la lista. Para arrojar algo de luz a esta cuestión en el presente trabajo analizo las ventajas e inconvenientes de estos instrumentos procesales desde el prisma de la experiencia estadounidense. A continuación, compruebo sus posibles problemas de compatibilidad con el sistema procesal español. Para terminar, examino la capacidad de rendimiento de otros cauces procesales alternativos al juicio oral debidamente consolidados en el sistema legal español que tal vez ofrezcan ya de por sí una buena salida en los procesos penales contra personas jurídicas.

Abstract

-

Following on the US footsteps, an increasing number of countries have opened the door to prosecutorial discretion in criminal cases against corporations by means of the so-called NPAs/DPAs. This makes one wonder whether Spain should be the next in line to join the list. In order to shed some light on this issue I analyze both the advantages and disadvantages of these procedural tools from the viewpoint of the US experience. I then check their compatibility problems with the Spanish legal system. Last but not least, I examine the usefulness of other alternatives to trial duly established in the Spanish legal system that may already work in criminal proceedings against corporations.

Title: *Prosecutorial Discretion in Criminal Proceedings Against Corporations? Reflections in the light of the NPAs and DPAs' praxis in the U.S.*

-

Palabras clave: principio de oportunidad procesal, responsabilidad penal de las personas jurídicas, NPAs/DPAs
Keywords: *prosecutorial discretion, corporate criminal liability, NPAs/DPAs*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.16

-

InDret

2.2020

Recepción
02/04/2020
-
Aceptación
11/04/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. Ventajas y críticas contra los NPAs/DPAs en Estados Unidos
2.1. Ventajas
a. Prevención de daños colaterales. Los beneficios para la empresa (y terceras partes)
b. Celeridad, ahorro de costes y colaboración empresarial. Los beneficios para el Estado
2.2. Críticas
a. Amplia discrecionalidad de la fiscalía
b. Concesión de NPAs/DPAs a empresas investigadas por la comisión de crímenes especialmente graves
c. Falta de persecución de los infractores individuales
d. Condiciones controvertidas
e. Erosión del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas
3. Posibles problemas de compatibilidad de los NPAs/DPAs con el sistema procesal español
3.1. El papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la instrucción
3.2. La carencia de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal
3.3. Los derechos y garantías procesales reconocidos constitucionalmente
4. Cauces procesales alternativos a la celebración del juicio oral basados en razones de oportunidad ya contemplados en el sistema español
4.1. La conformidad (artículo 787.8 Lecrim)
4.2. El proceso por aceptación de decreto (artículos 803 bis a y ss.)
4.3. El sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio de delitos leves (artículo 963.1.1º Lecrim)
5. Balance final
6. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

-

1. Introducción*

Dada la hegemónica vigencia en España del principio de legalidad (artículo 105 Lecrim) en las causas penales seguidas contra personas jurídicas[1], hoy por hoy, el Ministerio Fiscal, con carácter general, está obligado a ejercer la acción penal allá donde constate la comisión de un círculo cerrado de hechos de trascendencia penal definidos en los términos del artículo 31 bis CP, lo cual supone que la empresa investigada se vea abocada a atravesar un procedimiento judicial. Es en la fase de juicio oral donde el juez, tras la oportuna valoración probatoria, acuerda motivadamente en sentencia judicial la condena de la persona jurídica[2], la mitigación de su responsabilidad penal o incluso su exoneración[3], a no ser naturalmente que el proceso se dé por concluido en una fase procesal anterior (por ejemplo, fruto de haberse acordado el sobreseimiento provisional o libre por alguna de las razones tasadas legalmente[4]).

La situación en Estados Unidos es parcialmente divergente. Como no podía ser de otro modo, se contempla, al igual que en nuestro país, un proceso penal para las personas jurídicas en el marco del cual el juez, tras la celebración del juicio oral, dicta una sentencia motivada en la que acuerda una pena calculada con arreglo a los parámetros asentados en el *Chapter VIII* de las *U.S. Sentencing Guidelines*[5]. Sin embargo, contra lo que suele ocurrir en España, las personas

---

* Autor de contacto: *Alejandro Turienzo Fernández, alejandro.turienzo@ub.edu*.

Esta contribución se gestó en el marco del Proyecto I+D+I "Personas jurídicas y responsabilidad criminal: imputación (atribución, limitación, exclusión) y coautoría con personas físicas" (DER2014-58217-R). Investigador principal: Prof. Joan Josep Queralt Jiménez. Agradezco a mis maestros, el Prof. Joan Josep Queralt Jiménez y el Prof. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, así como a los dos evaluadores anónimos de InDret, la revisión del texto y sus atinadas sugerencias. Hago extensivos mis agradecimientos a la Prof. Jennifer Arlen por las provechosas conversaciones que mantuvimos durante la estancia de investigación que realicé bajo su dirección durante los meses de marzo, abril y mayo de 2018 en la *New York City University School of Law*.

[1] BANACLOCHE PALAO, «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 36-37; NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 50; GIMENO BEVIÁ, «Los acuerdos con la persona jurídica como alternativa al proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, p. 68.

[2] Son abundantes los pronunciamientos judiciales condenatorios contra personas jurídicas dictados en España durante estos últimos años. Cabe nombrar, entre otros, la STS 154/2016 de 29 de febrero, relativa a la realización de un delito de tráfico de drogas, la STS 4728/2016 de 3 de noviembre, vinculada con un caso de estafa procesal, o la STS 3210/2017 de 19 de julio, relacionada con la comisión de un tipo penal de blanqueo de capitales.

[3] Por el momento, las absoluciones de personas jurídicas acordadas por el Tribunal Supremo han estado motivadas por razones ajenas a la estimación de la eximente legal del artículo 31 bis CP. Por ejemplo, en la STS 506/2018 de 25 de octubre el Tribunal Supremo absolvió a la empresa investigada por no declarar probada la antijuridicidad del comportamiento de la persona física imputada.

[4] Considérese el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de 11 de mayo de 2017 por el que se acordó el sobreseimiento de las actuaciones penales contra Deloitte a propósito de la aprobación de las fraudulentas cuentas de Bankia que posibilitaron su posterior salida a Bolsa. El juez instructor adoptó esta decisión y calificó a Deloitte como mera responsable civil subsidiaria, primero, dada la existencia en la entidad de protocolos de vigilancia y control conformes a lo dispuesto en el artículo 31 bis. 2 CP y, segundo, porque estimó que el socio responsable de la auditora actúo con absoluta autonomía e independencia y, consiguientemente, al margen de la sociedad. Fue por el segundo de los motivos aducidos que la Audiencia Nacional revocó este Auto en septiembre del mismo año al entender que no había lugar para la autonomía profesional referida. Lamentablemente la Audiencia Nacional no entró a valorar la deficitaria motivación ofrecida por el juez instructor en lo referente a la cuestión del *compliance* de la entidad. Cabe notar que, pese a tratarse del comportamiento típico de un socio encuadrado dentro de la primera vía de imputación (artículo 31 bis a) CP), el juez instructor omitió comprobar la concurrencia del resto de presupuestos que condicionan la concesión de la exención legal del artículo 31 bis. 2 CP, como son la designación de un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control responsable del modelo de organización y gestión de la mercantil o la elusión fraudulenta del mentado modelo por el infractor individual.

[5] Cabe notar, no obstante, que desde el pronunciamiento USA v. Booker 543 US 220 (2005) las *U.S. Sentencing Guidelines* son de seguimiento voluntario.

jurídicas en Estados Unidos muy rara vez van a juicio[6]. Usualmente su condena tiende a obtenerse a partir de una suerte de conformidad negociada con la fiscalía por medio de la cual la persona jurídica declara su responsabilidad penal frente a los hechos[7] y acepta satisfacer una serie de condiciones que persiguen fines de distinta índole[8] (*guilty plea*[9])[10]. Para ser más exactos, mientras que entre los años 2006 y 2010 un total de 873 condenas judiciales fueron obtenidas mediante *guilty pleas* y sólo 1 tras la celebración de un juicio, la proporción en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2015 fue de 610 frente a 3, respectivamente[11]. Lo interesante, y aquí llega la gran diferencia con España, es que, desde hace algo más de un par de décadas[12], las empresas, a modo de alternativa al proceso penal, tienen paralelamente a su alcance la práctica de los denominados DPAs (*Deferred Prosecution Agreements*) y NPAs (*Non-Prosecution Agreements*), pese a que, todo sea dicho, los datos empíricos demuestren que su uso es más reducido que el que generalmente se cree: por cada cinco condenas judiciales solamente una empresa alcanza un NPA/DPA con la fiscalía[13].

Con los NPAs la fiscalía omite perseguir a la persona jurídica investigada a cambio de que admita los hechos investigados, si bien sin declarar formalmente su culpabilidad[14], y colme además una serie de requisitos, distintos según el caso, que reciben formalmente el nombre de *mandates*: pagar multas[15], cooperar con las autoridades, ejecutar reformas estructurales, contratar a monitores externos, etc. En caso de incumplimiento, la fiscalía procede a acusar a la empresa investigada y el proceso judicial da, entonces, comienzo. Mientras, los DPAs guardan una estrecha relación con los acuerdos de no persecución precedentes, si bien les separa una pequeña aunque significativa disimilitud. Aquí, al contrario que antes, la fiscalía presenta desde buen comienzo cargos contra la persona jurídica, no obstante, a modo de periodo de prueba (*probation*), el proceso judicial se suspende durante un plazo específico en los mismos términos que los NPAs. Si la empresa satisface lo acordado, la fiscalía retira los cargos, de lo contrario, el proceso se reabre, reanudándose, con ello, la causa penal seguida contra la

---

[6] MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3ª ed., 2019, p. 317.

[7] Esta es la opinión general. Sin embargo, contra esta visión tan extendida, GARRETT, «Why Plea Bargains Are Not Confessions», *William & Mary Law Review*, (57-4), 2016 a, pp. 1.415 y ss., pone en tela de juicio que los *guilty pleas* impliquen auténticas confesiones por la forma en la que se producen las admisiones sobre los hechos investigados.

[8] Señalan que las condenas de personas jurídicas en Estados Unidos suelen derivar de acuerdos procesales negociados ALEXANDER/ARLEN, «Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 87-147, p. 92.

[9] En más detalle, sobre los *guilty plea*, vid. MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3ª ed., 2019, pp. 317-319.

[10] Harina de otro costal son los *pleas of nolo contendere* permitidos por los tribunales en Estados Unidos pero desalentados por el DOJ en tanto en cuanto no implican una declaración de culpabilidad sino sólo una aceptación de la pena acordada. Vid. MILLER, «The Compliance Function: An Overview», en GORDON/RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance,* 2018 a, p. 997, nota a pie de página nº 63.

[11] ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en E.E.U.U.», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.540.

[12] ALEXANDER/COHEN, «The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective of Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements», *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 544.

[13] ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.533, nº de pie de página 118. Señalan, de hecho, DIAMANTIS/LAUFER, «Prosecution and Punishment of Corporate Criminality», *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, p. 459 que el nivel de atención de la academia sobre los NPAs/DPAs es desproporcionado en comparación con el número de acuerdos concedidos cada año que suelen rondar entre los 30 y los 40.

[14] ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 544; MILLER, en GORDON/RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance,* 2018 a, pp. 997-998.

[15] Este requerimiento siempre se exige.

empresa investigada[16]. Topamos, consiguientemente, con lo que sería la máxima expresión del principio de oportunidad procesal[17]: pese a constatarse un hecho penalmente relevante y una empresa perfectamente identificada, la fiscalía, con base en concretas razones de política criminal (veremos con posterioridad cuáles), se halla expresamente autorizada para abstenerse de presentar cargos bajo los términos previamente desarrollados.

Pues bien, basta con echar una rápida mirada al entorno comparado para percatarse de que cada vez son más los países que, aun guardando significativas divergencias, han empezado a apostar por la mecánica de los DPAs (no, en cambio, la de los NPAs)[18] gestada en el país norteamericano. Valga nombrar como ejemplos de este giro de timón Reino Unido[19], Singapur[20], Australia[21], Francia[22] o Argentina[23]. España todavía se ha resistido a esta tendencia[24], sin embargo, la legislación procesal parece decantarse cada vez más por criterios de oportunidad[25] y, de hecho, parte de la doctrina ya ha empezado a ofrecer su respaldo a importar, aun con matices, la *praxis* estadounidense[26]. A meditar sobre su posible implementación en el sistema español dedico este trabajo. Para ello, he optado por dividir el presente estudio en tres partes. En la primera parte (apartado 2) analizo tanto los pros como los contras de los NPAs/DPAs a la luz de la experiencia estadounidense. En la segunda parte (apartado 3) expongo los posibles problemas de compatibilidad que podrían presentar estos instrumentos procesales con el ordenamiento jurídico español. Finalmente en la tercera parte (apartado 4) examino la capacidad de rendimiento de otros cauces procesales contemplados en el Derecho español empleados como alternativa al tradicional enjuiciamiento a fin de comprobar si ya de por sí constituirían una buena salida, convirtiendo, entonces, en superfluo el debate sobre la extrapolación de los NPAs/DPAs por carecer de una necesidad práctica.

---

[16] Vid. ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 544-545.

[17] Sobre la noción de oportunidad procesal, vid. GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados. (Principio de 'oportunidad' y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, (extra 2), 1988, p. 36; GIMENO SENDRA, «El principio de oportunidad y el M.F.», *Diario La Ley*, (8746), 2016, pp. 2-3; SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», *ADPCP*, (47-2), 1994, p. 108.

[18] Quizás esto se deba a las mayores reticencias que los NPAs han generado en comparación con los DPAs. Vid. GARRETT, «The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions», *Virgina Law Review*, (101-19), 2016 b, pp. 69-70.

[19] *Crime and Courts Act* 2013, c. 22, sch. 17, *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice* 2.3 (UK).

[20] *Criminal Justice Reform Act* (Bill No. 14/2018) § 35.

[21] *Crimes Legislation Amendment (Combatting Corporate Crime) Bill 2017* (Cth) sch 2 pt 3 item 17C(1)(a) (Austl.).

[22] *Loi 2016-1691 du 9 decembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (*Loi Sapin II*).

[23] Artículos 16 a 21 de la Ley 27.401 de 8 de noviembre de 2017 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos.

[24] Precisa BANACLOCHE PALAO, «El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (*Compliance Programs*)», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 571-572 que "hay que partir de la base de que, en nuestro actual proceso penal, no se contempla expresamente la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda no perseguir o no acusar a una persona jurídica por un delito en el que ésta haya podido participar, por más que se entienda que estas fórmulas pudieran resultar positivas tanto para la propia entidad afectada como para el conjunto de la sociedad".

[25] Son varias las instituciones basadas en razones de oportunidad procesal de eventual aplicación a las causas penales seguidas contra personas jurídicas que han ido incorporándose en el ordenamiento jurídico español a lo largo de estos últimos años, siendo éstas la conformidad (artículo 787.8 Lecrim), el proceso por aceptación de decreto (artículos 803 bis a y ss.) y el sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio de delitos leves (artículo 963.1.1º Lecrim). Tendremos ocasión de entrar en detalle sobre cada una de ellas en otra parte de este trabajo.

[26] BANACLOCHE PALAO, en V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 37-39; GIMENO BEVIÁ (2017), «Los acuerdos con la persona jurídica como alternativa al proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, pp. 68-69.

2. Ventajas y críticas contra los NPAs/DPAs en Estados Unidos

2.1. Ventajas

a. Prevención de daños colaterales. Los beneficios para la empresa (y terceras partes)

Desde la óptica de la organización, el principal atractivo para querer acordar con la fiscalía un NPA/DPA ha sido la evitación de nocivos daños colaterales originados a propósito de la imputación formal en el proceso y la posterior condena judicial. Daños colaterales que, en puridad, cabría dividir en dos grandes grupos. Primero, la exclusión de la organización para poder ser contratada por la administración pública[27], dado el peligro que admitirla supondría para su imagen e intereses. Y segundo, el sufrimiento de costes reputacionales[28] que desencadenarían serias dificultades para hacer tratos con terceras partes operativas en el mercado (clientes, proveedores, etc.) por mor del riesgo percibido a salir perjudicadas en un futuro si entablan una relación de negocio con la corporación infractora, y, muy especialmente, con aquellas otras que, en cumplimiento de su política de *third party compliance*, rechacen vincularse con organizaciones con un historial delictivo[29].

Es indudable que las personas físicas corren, al igual que las jurídicas, un peligro real a experimentar importantes consecuencias colaterales a propósito de una condena acordada en sede judicial[30]. Pensemos, sin ir más lejos, en las dificultades con las que topan los condenados para encontrar trabajo hasta que sus antecedentes penales son cancelados o, incluso, después de que eso acontezca. Ahora bien, que en Estados Unidos la preocupación por minimizar unas tales consecuencias colaterales haya sido más acentuada en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica por el hecho de que, a pesar de que éstas repercuten en la entidad empresarial, lo cierto es que también perjudican a terceros inocentes que nada han tenido que ver con el ilícito investigado[31]: la pérdida de puestos de trabajo por los empleados contratados por la compañía seguramente sea el mejor ejemplo[32] [33]. La insistencia del DOJ por

---

[27] ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 539, 556, 592; ARLEN, «Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops», *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, p. 1; GARRETT, «Structural Reform Prosecutions», *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, pp. 879-880; SENKO, «Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, pp. 164-165.

[28] SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, p. 164; GIMENO BEVIÁ, en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, pp. 50-51. A raíz principalmente del problema de los costes reputacionales, se cuestiona si, en el caso español, la Fiscalía puede hacer un uso del principio de oportunidad semejante a Estados Unidos BANACLOCHE PALAO, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 568-570.

[29] Cada vez es más frecuente que las empresas condicionen el inicio de sus relaciones de negocio al cumplimiento de la legalidad por la contraparte a partir de la incorporación en el contrato de las conocidas cláusulas de integridad o, como más recientemente se les ha denominado, cláusulas de *compliance*. Sobre estas cláusulas, vid. SCHLÖSSER, «Vertraglich vereinbarte Integritätsklauseln und strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung», *Wistra*, (12), 2006, p. 446; BUSEKIST/UHLIG, «Third Party Compliance», en HAUSCHKA et al. (dirs.), *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2016, p. 1.150, Nm. 83.

[30] AMULIC, «Humanizing the Corporation While Deshumanizing the Individual: The Misuse of Deferred-Prosecution Agreements in the United States», *Michigan Law Review*, (116), 2017, pp. 139 y ss.

[31] Tal como recuerda metafóricamente COFFEE, «No Soul to Damn: No Body to Kick? An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (79-3), 1981, pp. 401 en uno de sus seminales artículos: "cuando la empresa coge una resfriado, alguien más estornuda".

[32] Vid. PAULSEN, «Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements», *New York City Law Review*, (82-5), 2007, p. 1.449; EPSTEIN, «Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of

neutralizar estos efectos tan contraproducentes está presente, cuanto menos, desde la publicación del Thompson Memo de 2003 cuyo contenido fue importado a los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* contenidos en el *Justice Manual* tomado como guía por los fiscales norteamericanos en la llevanza de sus investigaciones contra personas jurídicas. Concretamente es en el Apartado 9-28.1100 (b) donde queda dicho que en los casos en los que las consecuencias colaterales de la condena de la empresa para terceros inocentes sean significativas, puede ser apropiado considerar un acuerdo de no persecución con establecimiento de condiciones que, entre otras cosas, estén diseñadas para promover el cumplimiento del Derecho aplicable y prevenir la reincidencia[34]. Esa preocupación, sin embargo, también resulta extensible al propio castigo penal dirigido a la persona jurídica, pues no cabe duda de que su imposición también repercute negativamente en ese colectivo de partes ajenas al ilícito penal[35], extremo éste igualmente advertido por el DOJ en la misma parte del *Justice Manual*.

Entrando en algo más de detalle en las mentadas consecuencias colaterales, y comenzando por la inhabilitación de la empresa para contratar con el sector público, cabe advertir que un buen número de organizaciones se nutren de celebrar contratos gubernamentales en el marco del desarrollo de su actividad de negocio (pensemos, por ejemplo, en las empresas constructoras que recurrentemente participan en licitaciones públicas), de modo que su exclusión a causa de una condena judicial previa ciertamente les comportaría un serio perjuicio. En Estados Unidos son abundantes las normativas reguladoras de específicos sectores de actividad que permiten descalificar a aquellas empresas perseguidas judicialmente[36]. Algo similar acontece en España donde, con arreglo al artículo 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, las personas jurídicas condenadas por un listado cerrado de graves delitos establecido en esa misma legislación administrativa tienen prohibido contratar con la Administración Pública.

Visto lo visto, es normal que tanto los partidarios como los opositores de los NPAs/DPAs coincidan en que estos instrumentos procesales pueden ser realmente útiles como herramienta

---

Unconstitutional Conditions», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 41; AMULIC, *Michigan Law Review*, (116), 2017, pp. 135, 137.

[33] La doctrina estadounidense también tiene en cuenta aquí las pérdidas económicas sufridas por los socios. Sin embargo, cabe señalar que recientemente se está comenzando a poner en duda si acaso los accionistas pueden ser considerados realmente partes inocentes frente a una realización típica. En Europa, de hecho, desde la publicación de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, el clásico paradigma de la separación entre la propiedad y el control está comenzando a cuestionarse. Este panorama ha suscitado un debate entre los académicos respecto a la posible fundamentación de una responsabilidad penal por omisión en los socios. Sobre ello, vid. CIGÜELA SOLA, «La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS (dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas,* 2019, pp. 732 y ss.

[34] U. S. Department of Justice: Justice Manual (Nov. 2018) 9-28.1100 (b).

[35] La incidencia que el castigo a la empresa despliega en los intereses de terceras partes ha generado en España un debate doctrinal acerca de si la responsabilidad penal de la persona jurídica vulnera o no el principio de personalidad de las penas. A este respecto, DOPICO GÓMEZ ALLER, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios? », *Legal Today*, 2009, p. 1 cree que no hay tanta diferencia en este punto entre las penas dirigidas a personas físicas y las impuestas a personas jurídicas, pues cada vez que se condena a una persona a prisión, quienes dependen económicamente de ella (hijos, pareja, etc.) se ven afectados de modo sumamente negativo. Responde críticamente a este pensamiento GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, pp. 271-274.

[36] Con amplias referencias, vid. GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 879, nota pie de página nº 118.

para amparar a las empresas frente a esas consecuencias tan ruinosas[37]. Aun coincidiendo con dicha opinión, interesa precisar que en Estados Unidos existen normativas que reconocen al denominado *debarring official* cierta discrecionalidad para valorar circunstancias tales como el establecimiento de sistemas de internos de prevención delictiva o la prestación de cooperación con las autoridades durante la fase de investigación como factores para considerar excepcionar la exclusión de contratación con el sector público que por regla general procedería acordar[38] (así, 48 CFR § 9.406-1[39])[40]. Esto da a pensar si mediante disposiciones de este tipo el recurso a los NPAs/DPAs resultaría, al menos en este aspecto, fútil, puesto que las corporaciones que hayan materializado aquellos factores tenidos en cuenta a efectos de descartar la inhabilitación, en teoría, no deberían temer sufrir esa serie de consecuencias colaterales tan desastrosas, toda vez que ya optarían por sortearlas *ex lege* pese a la condena judicial impuesta. El problema es que, pese a lo dispuesto por esos preceptos, las empresas seguirían teniendo razones para continuar resistiéndose a entrar en un *guilty plea*, toda vez que su aceptación precede a la decisión adoptada por la agencia en cuestión de excepcionar a la persona jurídica de una exclusión, por lo cual, en puridad, no es del todo seguro que acaben por verse eximidas en este terreno, lo que implica que en su pronóstico hayan de continuar considerando que una condena judicial puede acabar por generarles posibles consecuencias colaterales como las vistas[41]. Consiguientemente, la presencia de los NPAs/DPAs estaría en esta sede plenamente justificada.

Mayores dudas plantean los presuntos costes reputacionales que la persona jurídica afrontaría fruto de su mera imputación formal. Pues, a pesar del temor de la empresa a perder toda o buena parte de la reputación social que tanto le ha costado aunar a lo largo de sus años de actividad[42], no está nada claro que su persecución en un proceso judicial represente siempre una cuestión de vida y muerte[43]. Gracias al revelador estudio de corte empírico emprendido por MARKOFF, sabemos que el temido "efecto Andersen"[44], esto es, la desaparición de la persona jurídica por su simple acusación, no es más que un mito. En su elaborado estudio MARKOFF sigue la pista a un total de 54 sociedades cotizadas condenadas judicialmente mediante *guilty pleas* en algún momento entre los años 2001 y 2010. Tras su análisis, el criminólogo norteamericano llega a la conclusión de que ninguna de las empresas que cerró sus puertas tras la condena penal acordada judicialmente lo hizo por esa razón sino por otras de índole diversa (algunas de ellas, por ejemplo, ya se encontraban al borde de la quiebra). Algo así sólo suele ocurrir cuando la infracción está directamente enlazada con la principal línea de negocio de la

---

[37] Así lo destacan ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 592.

[38] Concretamente, ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 139 consideran que a las agencias les compensa excluir a las corporaciones cuando la empresa presenta un alto riesgo de atentar contra sus intereses y ese riesgo no puede ser más eficientemente solventado mediante la imposición de reformas estructurales.

[39] https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/9.406-1

[40] La referencia la he extraído de GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 879, nota pie de página nº 118.

[41] ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading, 2018, p. 120.

[42] El magnate de las finanzas y "gurú de las inversiones", Warren Buffet, fue tajante cuando expresó: "toma veinte años construir una buena reputación y sólo cinco minutos arruinarla".

[43] Esta expresión es empleada en el pronunciamiento USA v. Stein, 435 F. Supp. 2d 330, 381 (S.D.N.Y. 2006).

[44] Vid. HENNING, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, p. 1.434.

entidad, tal como ocurrió con el célebre caso Andersen[45]. Es por ello que a este planteamiento MARKOFF lo bautiza con el nombre de modelo del núcleo del negocio (*core business model*)[46].

En mi opinión, el modelo de MARKOFF goza de un buen potencial explicativo: la empresa sufrirá una estigmatización social que ponga fin a su continuación en el mercado allá donde la infracción penal cometida tambalee su habilidad para desarrollar correctamente el núcleo de su actividad comercial. Y ello porque, en tal caso, los terceros, presumiendo su condición de agentes racionales y maximizadores de su beneficio[47], perciben un riesgo real de que sus intereses puedan acabar por verse mermados de optar por vincularse con la organización. Por dar un ejemplo, los potenciales clientes de una entidad que ha incurrido en un fraude colectivo sobre la calidad de sus productos disponen de motivos de peso para rechazar adquirirlos precisamente por temer ser ellas las víctimas en un futuro. En cambio, nada de eso ocurriría, a no ser que se antepongan convicciones éticas en la toma de decisiones económicas, cuando la infracción penal o bien no tenga capacidad de incidir directamente en sus intereses (por ejemplo, un delito de cohecho activo) o cuando su efecto sea tan difuso que, al menos a corto plazo, ni siquiera sea perceptible (por ejemplo, un delito medioambiental). Escándalos corporativos como el de las cajas negras de Siemens o el de la alteración de los controles de emisión de Co2 de los automóviles de Volkswagen parecen avalar esta tesis: tanto una como otra entidad siguen a flote a pesar de la gravedad de los ilícitos penales por los que fueron perseguidas.

Con todo, importa subrayar que la sugerente propuesta de MARKOFF tiene en cuenta la clase de delito cometido y su vinculación con la actividad de negocio desarrollada pero deja sin atender otras variables que seguramente pueden incidir también en la percepción por las terceras partes del riesgo de salir perjudicadas: concretamente la información relativa a cómo se ha desarrollado el delito en la empresa (su tolerancia por parte de la gestión corporativa o bien, todo lo contrario, la existencia de un consolidado *tone from the top*, etc.) así como la actitud de la empresa frente al mismo (realización de investigaciones internas, modificación del CMS[48] adoptado, etc.)[49]. Pues, si bien es cierto que el coste a hacer negocios con una empresa es *prima facie* relevante cuando el delito guarda estrecha relación con el núcleo del negocio, no es menos cierto que ese coste puede relativizarse en caso de que el delito haya sido cometido por una oveja negra mediante la elusión de los controles debidamente implementados y contra el designio de la dirección corporativa o bien cuando la persona jurídica ha demostrado

---

[45] Con razón, explican ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.528, nota a pie de página nº 95: "Andersen desapareció porque dependía de forma crucial de su reputación de empresa confiable, no sólo por sus clientes sino también por terceros, y su actuación en el caso Enron mostró que quizás lo primero fuera cierto, pero desde luego no lo era lo segundo. Lo anterior, unido a la previsible mayor atención que recibiría en el futuro por parte de las autoridades, hacía que la empresa no resultara competitiva en comparación con otras del sector".

[46] MARKOFF, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, pp. 797 y ss. Relativiza también el miedo generado por el caso Andersen ELIASON, «We Need to Indict Them. Deferred Prosecution Agreements Won't Deter Enough Crime», *Legal Times*, (31-38), 2008, pp. 1-2.

[47] Parten de esa presunción MARKOFF, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, p. 831; ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 90.

[48] Las siglas CMS responden a *compliance management system* (sistema de gestión de cumplimiento).

[49] Concretamente ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 97-107 manejan tres variables que pueden afectar las expectativas de terceros interesados: clase de delito cometido, información sobre el *statu quo* de la empresa al tiempo de su realización e iniciativas para reducir el riesgo de una futura reiteración delictiva.

sobradamente tanto una actitud modélica en la prevención, detección y reacción de la delincuencia de empresa como el emprendimiento de reformas estructurales para reducir el riesgo de que vuelvan a ocurrir hechos de esa naturaleza.

Tras haber desmentido que una imputación formal despliegue siempre y automáticamente costes reputacionales a la empresa, otra cuestión no menos importante es la de si acaso es acertado estimar los NPAs/DPAs como la panacea en términos de evitación de costes de dicha naturaleza y, por tanto, conviene acudir a ellos cuando sea previsible, conforme a las consideraciones hechas, que una condena judicial los desencadenará[50]. Las cosas tampoco parecen estar del todo claras en este punto. ALEXANDER y ARLEN han tenido ocasión de justificar que, dado el tipo de información que diseminan en el mercado, los NPAs/DPAs son también capaces de estigmatizar socialmente[51]. En efecto, pese a que el proceso de negociación de estos acuerdos se produce siempre a puerta cerrada[52], ocurre que su contenido, por regla general, es accesible al público[53] [54], aunque en ocasiones se haya omitido reproducir adrede toda la información que desearía conocerse[55]. Y resulta que en dichos acuerdos, al igual que con los *guilty pleas*, cabe hallar datos que pueden incidir en la percepción de riesgo por las terceras partes, siendo estos coincidentes con las variables antes mentadas: información sobre la clase de delito cometido, el *statu quo* de la empresa al tiempo de su comisión y la reacción corporativa a efectos de reducir el riesgo a que en un futuro se repitan tales hechos. Da la impresión, por lo visto, que los NPAs/DPAs no son realmente tan ventajosos en esta sede como tiende normalmente a creerse.

b. Celeridad, ahorro de costes y colaboración empresarial. Los beneficios para el Estado

Los juicios suelen ser vistos como procesos largos y significativamente costosos. Es por ello que el recurso a los NPAs/DPAs ha solido calificarse como una buena ruta de escape respecto a esta serie de inconvenientes a fin de ganar en celeridad y ahorrar en recursos públicos. Nos encontramos, pues, ante un argumento de pura economía procesal normalmente aducido en favor de la operatividad del principio de oportunidad en general[56]. Pareciese, con lo dicho, que

---

[50] MARKOFF, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, p. 835 cree que el DOJ sólo debe emplear los DPAs cuando, conforme a su modelo del núcleo de negocio, se prevea que una condena judicial pondrá en peligro la supervivencia de la empresa.

[51] Vid. ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 87 y ss.

[52] REILLY, «Sweetheart Deals, Deferred Prosecution and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected in Many Fronts», *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.164-1.165. También en Argentina se guarda una estricta confidencialidad tanto de la negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Fiscal como de la información que se intercambia en el marco de ésta, hasta el punto de que su revelación es castigada penalmente (artículo 17 de la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos). Más transparente es el proceso en el Reino Unido, divido en dos fases: una primera, opaca, si es que todavía no es seguro que vaya a alcanzarse un DPA, y otra, sujeta al escrutinio público, programada para cuando existe una convicción de que las partes van a celebrar un acuerdo (*Schedule* 13 de la *Crime and Courts Act* de 2013).

[53] ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 100. Matizan, sin embargo, que algunos NPAs/DPAs no eran inicialmente accesibles al público y para acceder a su contenido tuvieron que presentarse varios requerimientos GARRETT, «The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions», *Virgina Law Review*, (101-19), 2016 b, p. 71; REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.164-1.165.

[54] El profesor GARRETT, junto con la ayuda de ASHLEY, han realizado una magnífica labor de indexación de gran parte de los NPAs/DPAs alcanzados hasta el momento. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/about.html (visitado el día 01/03/2020).

[55] GARRETT, *Virgina Law Review*, (101-19), 2016 b, pp. 70-71.

[56] NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 65.

las empresas norteamericanas se hallan en una disyuntiva de difícil resolución: o bien afrontar un juicio y una posible condena posterior o bien negociar un NPA/DPA con la fiscalía. No obstante, resultaría errado plantear la cuestión en estos términos[57], cuanto menos, en dicho país. Recordemos que en Estados Unidos la vasta mayoría de condenas judiciales son logradas a partir de acuerdos procesales (*guilty pleas*) cuya introducción en el ordenamiento jurídico estadounidense, previa a la de los NPAs/DPAs, pretendió justamente sortear las desventajas ligadas a la celebración de juicios[58]. Es decir, tanto los *guilty pleas* como los NPAs/DPAs comparten entre sí una característica común: servir como válidas herramientas en pos de una resolución del caso más ágil y económica. No obstante, en tanto que los primeros acarrean una declaración de culpabilidad y una condena judicial de la persona jurídica que los últimos son capaces de impedir, es en otro plano, ya examinado con anterioridad, donde yace su diferencia: el del desencadenamiento de consecuencias colaterales (más en concreto, la exclusión de la empresa para contratar con el sector público). Es decir, no es característica exclusiva de los NPAs/DPAs la evitación de largos y costos juicios, puesto que también los *guilty pleas* fueron introducidos con esa intención, algo que, a la vista de la información empírica disponible, ha conseguido lograrse exitosamente, dada la minimización de su celebración hasta niveles de práctica excepcionalidad[59].

Paralelamente, a los NPAs/DPAs se les anuda una triunfante capacidad para promover una colaboración por parte de las empresas investigadas, al tratarse precisamente de uno de los presupuestos ineludibles para su concesión. Colaboración que parece antojarse necesaria buena parte de las veces. Pensemos que investigar sobre una presunta realización típicamente relevante acontecida en el seno de una entidad empresarial demanda del ejercicio de una serie de prácticas (entrevistar a empleados, contratar expertos en investigación forense, revisar documentación, etc.) que o bien suelen acarrear un coste que el Estado no siempre está en condiciones de sufragar[60] o bien reclaman de una inversión de tiempo que dificulta seriamente a los poderes públicos investigar paralelamente otros ilícitos corporativos[61]. El Estado, al momento de perseguir la criminalidad de empresa, se sitúa en una desmejorada posición para penetrar dentro del "ecosistema" de la organización, debido a su menor capacidad o al considerable gasto que supone descubrir desde fuera los ilícitos penales cometidos o bien, una vez descubiertos, identificar y sancionar a los sujetos infractores[62]. Y máxime a tenor del usual nivel de opacidad y complejidad que puede presentar la organización[63], las dificultades que acarrea detectar los daños provocados por el ilícito corporativo[64] o la recurrente multiplicidad

---

[57] NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 65.

[58] ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 543.

[59] Sobre el creciente uso de estos acuerdos negociados vid. ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 591.

[60] Destaca los limitados recursos que dispone el Estado para luchar contra la criminalidad corporativa BROWN, «The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), 2004, p. 539.

[61] ARLEN, *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, p. 1.

[62] Vid. BROWN, *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), 2004, pp. 526 y ss.; ARLEN, «Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 70-71; GRIFFIN, L. K: «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 113.

[63] ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales", en V.V.A.A., *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 186, Nm. 1.499.

[64] COFFEE,"Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction», *Northern Illinois Law Review*, (1-3), 1980, p. 8 afirma que rara vez la víctima de un delito corporativo será

de intervinientes involucrados en el evento delictivo, muchas veces desaparecidos (por haber fallecido o haber abandonado hace años la organización, por ejemplo) o desconocidos por completo como consecuencia del clima de anonimato propiciado en la estructura de empresa[65], especialmente cuando ésta presenta grandes dimensiones[66] o interviene a nivel internacional. En definitiva, dadas estas dificultades, la probabilidad de detección por el Estado de los crímenes de empresa tiende a ser reducida[67].

A la vista del panorama descrito, no es de extrañar la acentuada necesidad de que las empresas extiendan su mano colaboradora a fin de dar con los culpables individuales[68]. Después de todo, nadie mejor que la organización conoce su actividad de negocio, su estructura o los protocolos internos de actuación, resultándole mucho más sencillo detectar el evento antijurídico, obtener aquella información que conduzca hacia sus intervinientes[69] mediante la ejecución de actuaciones de distinta índole (revisión de los e-mails contenidos en el correo corporativo, entrevistas a los empleados, ejecución de búsquedas de información mediante tecnología forense, etc.) y recopilar fuentes de prueba que sirvan para incriminarlos. En fin, su ayuda resulta inestimable con tal de asegurar que los ilícitos cometidos no se mantienen al margen del espectro de conocimiento del Estado con tal de que acabe haciendo uso del *ius puniendi* del que es titular.

Queda claro, por lo expuesto, que el Estado posee una legítima pretensión de fomentar una alianza con las organizaciones a fin de perseguir mejor y al menor coste posible la criminalidad de empresa. La pregunta que se suscita, entonces, es si acaso esa ansiada cooperación empresarial únicamente cabe obtenerla recurriendo a los NPAs/DPAs, sin negar que estos instrumentos negociales consiguen lograrla exitosamente. Pues, tras haber relativizado en parte la cuestión de las consecuencias colaterales, en Estados Unidos todavía estaría disponible una tercera vía de uso mayoritario en la *praxis*, los *guilty pleas*, que, del mismo modo que los acuerdos precedentes, condicionan su ofrecimiento a la prestación de colaboración efectiva por la empresa[70]. Aparte, tengo la impresión de que el factor clave que subyacería en el adecuado aliento de una consistente colaboración empresarial radicaría, antes bien, en el establecimiento de una eficaz política legislativa que ofrezca suficientes incentivos como para que una empresa colija que le compensa más auxiliar a las autoridades antes que tolerar y/o encubrir el delito[71].

---

consciente de que sus intereses han sido lesionados. Así, por ejemplo, la víctima de una práctica de fijación de precios probablemente no sepa que ha pagado un producto o servicio en exceso. Por eso, este autor afirma que para que esta clase de eventos antijurídicos sean descubiertos se precisa una confesión desde dentro. También pone de relieve los problemas de detectar los daños causados por el delito de empresa ARLEN, «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 163.

[65] Vid. BUELL, «Criminal Procedure Within the Firm», *Stanford Law Review*, (59-6), 2007, p. 1.625.

[66] Sobre las ventajas que asisten a las grandes empresas en el encubrimiento de sus delitos en comparación con las pequeñas, vid. BROWN, *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), 2004, p. 528.

[67] Vid. ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 163.

[68] Explica ARLEN, *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, p. 1: "cuando los fiscales deben detectar e investigar cada caso por su cuenta y llevar cada caso a juicio, se detectan pocos delitos, se investigan a fondo aún menos, y pueden ejercerse todavía menos acciones legales".

[69] Vid. ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 166.

[70] Identifican entre las características comunes de los NPAs/DPAs y los *plea agreements* la aceptación por parte de la empresa de cooperar con las autoridades ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 538.

[71] De hecho, este es el primer paso que BAER, «When the Corporate Investigate Itself», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 314-315 da en su análisis: valorar cuál es el mejor modelo de responsabilidad penal para que las empresas sean correctamente inducidas para querer llevar a cabo investigaciones internas.

En este sentido, pienso que una propuesta político-legislativa altamente prometedora es aquella que ARLEN bautiza con el nombre de régimen multinivel basado en el cumplimiento de deberes (*multi-tiered duty-based regime*)[72]. Este modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica no condiciona la respuesta sancionadora del Estado en función de si se han cumplido íntegramente todas aquellas medidas orientadas hacia el aumento de la probabilidad de detección del delito (implementar un CMS, confesar el delito y colaborar con las autoridades), conocidas formalmente como medidas de indagación (*policing measures*)[73]. En vez de eso, valora de manera independiente cada uno de los pasos *ex ante* y *ex post* dados secuencialmente por la organización y modula la sanción a imponer en función de los que se han cumplido y los que se han transgredido, siempre y cuando sea constatable con carácter previo la comisión de un delito en la organización. Mediante este modo de proceder, se deja claro, desde buen comienzo, cuales son las medidas que se pretende que se lleven a cabo (adoptar un CMS adecuado, confesar el delito y colaborar con las autoridades) y cuales son las consecuencias correlativas (tanto positivas como negativas) que la empresa afrontará en cada caso (tanto si satisface las medidas referidas como si no). De este modo, la consecuencia sancionatoria guarda una entera dependencia con la actitud adoptada por la empresa, toda vez que la menor o mayor gravedad de la primera vendrá condicionada por las medidas que la organización opte por emprender. El objetivo es asegurar que, a la hora de la verdad, la entidad que actúa en línea con el Derecho se halla en mejores condiciones que la transgresora, ofreciéndose una incentivación adecuada para alentar en cada momento a la organización a que satisfaga las mentadas acciones preejecutivas y postejecutivas. Dicho con otras palabras, el *multi-tiered duty-based regime* perseguiría que las corporaciones perciban que el beneficio obtenido por ejecutar las medidas de indagación es superior en comparación a cuando ello no tiene lugar, lanzándose el mensaje que cuánto más actúen conforme al sentido anhelado por el Estado, mayores serán las gratificaciones a recibir[74].

Sea como fuere, poco importa que las empresas sean adecuadamente incentivadas en aras de que cooperen con las autoridades si luego el Estado plantea mal la estrategia colaborativa público-privada[75]. Particularmente sería ineficiente que la fiscalía espere pacientemente a que las investigaciones internas concluyan[76] para luego confiar ciegamente en la información

---

[72] ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, pp. 177 y ss.

[73] ARLEN/KRAAKMAN, «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», *New York University Law Review*, (72-4), 1997, pp. 694, 706.

[74] Con todo, debe notarse que ARLEN, *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, pp. 1 y ss., sí considera que su modelo puede disuadir mejor mediante un coordinado uso de los NPAs/DPAs. Su opinión la sustenta en un par de razones que ya tuvimos ocasión de examinar: la minimización de consecuencias colaterales (concretamente las relativas a la exclusión de la empresa para contratar con el sector público) y la evitación de largos y costos juicios.

[75] BAER, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 323 pone de relieve que el responsable de diseñar políticas públicas debe decidir cuál es el mejor modo de estructurar la relación del investigador con el fiscal.

[76] Investigaciones internas que, por supuesto, deben desarrollarse conforme a Derecho si lo que se pretende es obtener un material probatorio jurídicamente válido de cara a un futuro proceso. En Estados Unidos las preocupaciones doctrinales gravitan esencialmente en torno a la protección del privilegio abogado-cliente, el desarrollo de las entrevistas realizadas con los empleados y cuestiones relativas a privacidad a propósito de la revisión de documentos e información electrónica. Al respecto vid. BAER, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 315-323; ARLEN/BUELL, «The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-43), 2020, pp. 13 y ss. Por lo que respecta a los límites de las investigaciones internas ejecutadas en España desde una óptica jurídico-laboral y penal, vid. NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, 2015, pp. 242 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, «*Compliance* y derecho de los trabajadores», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 429 y ss.

entregada[77], en cuyo caso, pareciese que más que hablar de una colaboración *stricto sensu* haríamos referencia a una plena delegación de competencias Estado-empresa. Si eso acontece, como advierte COPELAND, se corre el riesgo de que los datos recabados meramente reflejen parte de la historia, bien porque el abogado que haya dirigido la investigación omita dejar por escrito todo aquello descubierto a fin de preservar el privilegio abogado-cliente o el privilegio del producto de trabajo, bien por hacer cargar todo el peso de la responsabilidad penal individual en un chivo expiatorio que jugó un papel tangencial en el ilícito en comparación con un alto cargo que interesa perseguir[78] ("desplazamiento del riesgo"). Es decir, la búsqueda de la verdad procesal[79] acabaría siendo abandonada en pos de una verdad adulterada[80], facilitada por el hecho de que ni siquiera las circunstancias relativas a la comisión del delito son validadas con posterioridad por un juez[81]. Evidentemente la causa penal seguida contra la persona jurídica conseguiría cerrarse, pero la calidad del saldo final obtenido dejaría, al menos en este aspecto, mucho que desear.

Con tal de evitar que algo como lo descrito ocurra, no comparto, sin embargo, que, conforme lo sostenido de COPELAND, haya de ser el Estado el que por sí solo investigue el delito de principio a fin[82], dado que, como hemos razonado, éste no siempre va a estar en la mejor posición para dirigir una pesquisa que llegue a buen puerto[83]. Por su proximidad a lo acontecido y su más robusto conocimiento sobre cómo se desenvuelven las cosas en su seno, sigo creyendo que son las organizaciones las que están en mejores condiciones para aumentar la probabilidad de persecución de los responsables individuales del delito económico. Sin embargo, ello en nada obsta para que los poderes públicos se coordinen de uno u otro modo con los agentes privados con tal de mitigar los efectos contraproducentes alertados, práctica ésta que, desde luego, demanda de una inversión de recursos públicos acorde a las circunstancias[84]. Lo atinado, por tanto, es concebir las investigaciones internas como un mero complemento de las investigaciones públicas, no como un sustitutivo[85]. A estos efectos, la doctrina ha barajado una serie de modelos de colaboración público-privada cuya elección dependerá del caso concreto. Siguiendo a BAER, los tres principales modelos sugeridos han sido los siguientes: (a) modelo secuencial: la empresa es responsable de recolectar en primera instancia fuentes de prueba sobre el ilícito para luego trasladárselas a la fiscalía con tal de que continúe con las labores de investigación; (b) modelo cooperativo: los agentes públicos y privados investigan al mismo tiempo el delito, comparten información entre sí y trabajan prácticamente codo a codo, pese a que los primeros son los que inevitablemente dirigen las pesquisas; (c) modelo competitivo: ambos investigadores, públicos y privados, trabajan de forma independiente, como si de

---

[77] COPELAND, «The Yates Memo: Looking for 'Individual Accountability' in All the Wrong Places», *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.924.

[78] COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.924. También, NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, pp. 344 y ss.

[79] TARUFFO, «La verdad en el proceso», *Derecho & Sociedad*, (40), 2013, pp. 246-247.

[80] Cree que las investigaciones internas suponen un enorme riesgo en la búsqueda de la verdad NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 79.

[81] ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 110.

[82] COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.924. Le da la razón REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.168.

[83] COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.925 reconoce que su aproximación es más costosa. Coste que, como sabemos, el Estado, en ocasiones, no va a poder sufragar.

[84] Insisten en la necesidad de invertir recursos públicos en las causas penales dirigidas contra personas jurídicas GARRETT, *Virgina Law Review*, (101-19), 2016 b, p. 71; NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 84.

[85] NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 347.

adversarios se tratasen, y buscan ser los primeros en recopilar fuentes de pruebas acerca del hecho antijurídico[86].

2.2. Críticas

a. Amplia discrecionalidad de la fiscalía

Una de las más punzantes críticas a las que se han visto expuestos los NPAs/DPAs en Estados Unidos ha sido la amplísima discrecionalidad, exenta prácticamente de restricciones, de la que goza la fiscalía[87], proyectada, de entrada, a la hora de decidir cuando una empresa amerita optar por uno de estos instrumentos. Nadie, a excepción del propio DOJ, conoce cuál es el criterio material seguido, incertidumbre ésta a la que, sin duda, ha contribuido la inexistencia de un marco general que delimite los contornos de los NPAs/DPAs[88] – salvo por las escasísimas directrices emitidas por el DOJ en el *Justice Manual* sobre cuando los *mandates* pueden resultar apropiados[89] – así como la falta de control judicial[90]. Lo único que, por el momento, sabemos, gracias a la información empírica recopilada por GARRETT, es que la fiscalía norteamericana tiende a privilegiar a empresas de gran tamaño y corporaciones nacionales por encima de pymes y organizaciones extranjeras que, la mayor parte de las veces, acaban por ser perseguidas judicialmente[91]. Pese a que el DOJ no ha ofrecido todavía una explicación o justificación a semejante persecución diferencial[92], la academia ha intentado aclarar el porqué de esta tendencia:

---

[86] Vid. BAER, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 323-326.

[87] REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.167; ARLEN, «Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements», *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 191 y ss.; COFFEE, «Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?», *National Law Journal*, 2005, p. 1.

[88] Alertan sobre este vacío regulatorio GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 893; ARLEN/KAHAN, «Corporate Governance Regulation through Nonprosecution», *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, p. 327.

[89] Vid. ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 220-221, 228.

[90] Como explicamos, los NPAs se desenvuelven completamente extramuros del contexto judicial, dado que la fiscalía omite presentar cargos formales contra la empresa, razón por la cual, el juez tan siquiera llega a albergar conocimiento del asunto investigado. Eso no ocurre con los DPAs, puesto que la fiscalía acusa formalmente a la empresa, pese a que luego suspenda tal acusación. De todos modos, poco importa eso en Estados Unidos. Al juez se le priva prácticamente de cualquier facultad de veto en relación con el DPA. Sólo, y por primera vez, en USA v. Fokker Services B.V., Docket No. 1:14-cr-00121 (D.D.C. Jun 04, 2014) el juez Richard Leon tuvo a bien anular el DPA alcanzado por considerar inadmisible la falta de previsión de una acusación formal contra los responsables individuales del delito y la permisión de que estos siguiesen en sus puestos de trabajo. No obstante, este pronunciamiento fue apelado y anulado por un tribunal superior en USA v. Fokker Services B.V., 818 F.3d 733, 742 (D.C. Cir. 2016) al concluirse que entre las atribuciones del juez no se encuentra la de controlar ni las condiciones impuestas en el DPA ni tampoco su cumplimiento, siendo este cometido exclusivo de la fiscalía. Pese a todo, sí se han llegado a reconocer algunas excepciones (pocas) a esta regla general. Mientras que, a juicio del DOJ, el DPA solamente podría ser rechazado judicialmente cuando la fiscalía lo esté empleando para burlar la *Speedy Trial Act* que establece límites temporales para completar las diferentes fases del proceso penal, hay quien, como el juez John Gleeson del caso HSBC Bank, ha considerado que esta posibilidad sólo podría darse si el DPA viola la Constitución norteamericana o la política del DOJ (USA v. HSBC Bank, US, WL 3306161*3 (EDNY, July 1, 2013)). Mucho más pronunciado es comparativamente el poder que al juez se le reconoce en las conformidades (*guilty plea*). Aquí la fiscalía recomienda una sanción penal pero es el juez quien tiene la última palabra a efectos de determinar la sentencia apropiada a imponer al investigado. Sobre todo lo explicado, vid. ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 217-219.

[91] GARRETT, «Globalized Corporate Prosecutions», *Virgina Law Review*, (97-8), 2011, p. 1.811. También, destacan DIAMANTIS/LAUFER, *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, p. 458 que un número de NPAs/DPAs se reserva para grandes corporaciones. Críticamente, aboga UHLMANN, «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.327 y ss., por que el DOJ desarrolle unos estándares que aseguren que la posibilidad de acceder a un DPA no dependa de los recursos financieros de la empresa o de su *status* nacional o internacional.

[92] ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.532.

Se cree que las empresas de grandes dimensiones suelen ser favorecidas, además de por su mayor capacidad de negociación y otras razones de índole diversa[93], porque la actividad que desarrollan es tan valiosa para el mercado que, ante el temor de ponerla en riesgo si son llevadas a juicio, las autoridades públicas optan por omitir perseguirlas[94]. Es decir, del *too big to fail*[95] ("demasiado grande para caer"), expresión ésta surgida en el marco de la crisis bancaria del año 2008 referida a la necesidad de rescatar a aquellas instituciones financieras cuya quiebra es capaz de redundar en serio perjuicio de la economía (como ocurrió con Lehman Brothers en Estados Unidos o con Bankia en España), pasamos al *too big to jail*[96] ("demasiado grande para ir a la cárcel"). Paradójicamente, ocurre, entonces, que aquellas organizaciones que, con arreglo a sus características, cuentan con un mayor potencial para lesionar los intereses de la sociedad civil[97] – lo que se constata a propósito de las serias consecuencias dañinas derivadas del ilícito penal por el que están siendo investigadas[98] – son las que acaban por recibir un tratamiento procesal visto como más benévolo. Mientras, parte de la academia ha conjeturado que las sociedades mercantiles extranjeras tienden a ser llevadas a juicio a causa de los serios óbices a los que hace frente el DOJ a la hora de comprobar el cumplimiento de las condiciones del acuerdo pre-procesal alcanzado, especialmente cuando se contempla la imposición de medidas de reforma estructural[99].

Volviendo a la cuestión de la discrecionalidad de la fiscalía, cabe subrayar que ésta persiste al momento de fijar las cláusulas de los acuerdos de no persecución, además de por los preocupantes factores previamente señalados – recordemos: la inexistencia de unas directrices que delimiten sus contornos y la falta de control judicial –, debido también la unidireccionalidad que los caracteriza. La empresa carece de toda capacidad negocial, lo que significa que sólo puede sopesar si le compensa aceptar aquellas condiciones establecidas libremente por la fiscalía en una clara posición de desequilibro[100]. En la *praxis* esta situación ha

---

[93] Vid. DIAMANTIS/LAUFER, *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, p. 459.

[94] NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 73.

[95] Vid. SORKIN, *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System from Crisis — and Themselves*, 2009, pp. 1 y ss.

[96] Vid. GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, pp. 1 y ss.

[97] Desde un posicionamiento altamente crítico hacia el mundo corporativo, los criminólogos TOMBS/WHYTE, *The Corporate Criminal. Why Corporations Must Be Abolished*, 2015, pp. 30-70 han desarrollado una interesante investigación empírica acerca del potencial lesivo desplegado por las organizaciones empresariales. Investigación que no sólo focalizan en los delitos cometidos en grandes corporaciones ("casos monstruosos", les llaman) sino que amplían a aquellos crímenes producidos en entidades de medianas y pequeñas dimensiones.

[98] Piénsese, por ejemplo, en los billones de dólares que fueron defraudados a la Hacienda pública norteamericana entre los años 1996 y 2002 gracias al auxilio prestado por la auditoria y entidad de asesoramiento KPMG (falseamientos financieros, ocultación de documentos, etc.) a favor de sus clientes. Pese al grave impacto de sus acciones, KPMG alcanzó un DPA con la fiscalía en agosto de 2005. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/kpmg.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[99] ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.532.

[100] No me atrevería a calificar los NPAs/DPAs como un contrato de adhesión, tal como lo hace GIMENO BEVIÁ, en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, p. 59. También los califica como contratos REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.113, 1.115. Bien es cierto que la entidad accede voluntariamente al cumplimiento del conjunto de condiciones impuestas en el acuerdo de no persecución en aras de eludir las nefastas consecuencias derivadas del enjuiciamiento formal que tanto teme. Su consentimiento no es producto ni de coacciones ni de amenazas. Sin embargo, los NPAs/DPAs no deberían ser tratados como meros contratos privados precisamente porque la fiscalía, desde una clara posición de superioridad, ejerce, presuntamente en pos de la consecución de fines públicos legítimos, un amplio poder gubernamental a lo largo de la negociación que le permite o bien diferir la persecución o bien, todo lo contrario, perseguir formalmente a la corporación en caso de que ésta rechace las condiciones del acuerdo o en el supuesto de aceptarlas pero incumplirlas posteriormente. Así lo cree ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 212. Pone en duda también que los NPAs/DPAs puedan ser tratados como meros

conducido hacia la materialización de algún que otro abuso, concretado en la imprevisibilidad de los presupuestos que la organización va a tener que satisfacer[101] o incluso, durante el tiempo en que estuvo vigente el Thompson Memo y el McNulty Memo, en la habitual exigencia de renunciar a ciertos derechos procesales – concretamente el privilegio abogado-cliente (*attorney-client privilege*) y el privilegio del producto de trabajo (*work product-privilege*)[102] –, fomentándose, a estos efectos, una auténtica "cultura de la renuncia"[103].

Por si fuese poco, le corresponde también a la fiscalía enjuiciar el grado de desempeño por la persona jurídica del conjunto de presupuestos que ella misma impone[104], razón por la cual, un sector de la doctrina le adscribe el rol tanto de juez como de parte[105]. Semejante forma de proceder puede conducir a resultados tremendamente perversos, pues si la empresa coopera mediante el suministro de información y material probatorio pero luego la fiscalía estima que ha incumplido el acuerdo, entonces, toda la información diseminada podría ser utilizada en su contra a la hora de perseguirla judicialmente, lo que, a todas luces, refuerza la probabilidad de una futura condena[106]. La falta de un estándar claro de medición acerca del cumplimiento de las condiciones convenidas no permite garantizar que en la *praxis* no lleguen a producirse tratos injustos. Y aun cuando la empresa pretenda manifestar su disentimiento contra la declarada transgresión de los términos del acuerdo, será, de todos modos, la propia fiscalía la que resuelva la súplica extra-judicial cursada[107].

Frente a un panorama tan incierto, buena parte de la doctrina, con tal de otorgar una mayor seguridad jurídica a las organizaciones y recortar la holgada autoridad concedida a la fiscalía, ha visto necesario proponer un par de mecanismos correctivos coincidentes con las dos vías empleadas normalmente en los sistemas legales modernos a efectos de restringir la discrecionalidad del poder ejecutivo y asegurar su ejercicio conforme a las exigencias del imperio de la ley (*rule of law*): primero, imponer limitaciones *ex ante*, y segundo, contemplar una revisión *ex post* de la decisión adoptada[108]. Concretamente, las herramientas sugeridas han sido las siguientes:

---

contratos entre particulares CUNNINGHAM, «Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform», *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 41 y ss.

[101] PAULSEN, *New York City Law Review*, (82-5), 2007, pp. 1.459-1.462; ARLEN/KAHAN, *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, p. 326.

[102] Mientras que el privilegio abogado-cliente ampara las comunicaciones entabladas entre los miembros de la organización y el abogado de la corporación, el privilegio del producto de trabajo hace lo propio con aquel material escrito recopilado con carácter antecedente a la celebración de un litigio.

[103] El fomento de una "cultura de la renuncia" durante el periodo señalado trae causa de que buena parte de las investigaciones internas en Estados Unidos son dirigidas por abogados de empresa con tal de que los resultados de la pesquisa (la memoria de las entrevistas, el relato de los hechos, etc.) consigan estar bajo la cobertura de los privilegios antes mentados. Por esa razón, sólo si la empresa renuncia al amparo procesal jurídicamente garantizado la fiscalía se encuentra legitimada para tener acceso a esa documentación. A este respecto, vid. COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, pp. 1902, 1.905, 1.908.

[104] REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.167.

[105] GIMENO BEVIÁ, en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, p. 60; EPSTEIN, «The Deferred Prosecution Racket», *The Wall Street Journal*, 2006, p. 1.

[106] GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, pp. 927-928; SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, p. 177.

[107] SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, p. 178.

[108] Vid. ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 206 y ss.

(1) Publicar unas directrices que, de antemano, esclarezcan cuándo cabe negociar un acuerdo con la empresa investigada y delimiten el contenido de las posibles condiciones a cumplir[109] no sólo a fin de evitar que casos similares sean tratados de un modo apreciablemente distinto[110] sino también para abandonar la idea de una oportunidad procesal pura por otra algo más reglada[111]. De este modo ha procedido, por ejemplo, Reino Unido por medio de la *Schedule 17* de la *Crime and Courts Act* del año 2013, donde aparecen regulados aspectos tan cruciales de los DPAs ingleses tales como sus características, efectos en el procedimiento judicial o contenido. El Congreso de Estados Unidos, desde el año 2009, ha intentado en diversas ocasiones aprobar una legislación en esta materia (*Accountability in Deferred Prosecution Act*, llevaba como nombre) pero, por una cosa u otra, nunca ha acabado de ver la luz[112].

(2) Contemplar un efectivo control judicial tanto durante el trámite negocial como tras la adopción del acuerdo con tal de garantizar una revisión imparcial de sus condiciones así como su grado de cumplimiento (o, en su caso, transgresión)[113], propuesta ésta que, pese a carecer de validez en los NPAs, dada su total ajenidad al ámbito judicial, sí que cabría aplicar en los DPAs. Justo algo como lo descrito ocurre en Reino Unido donde el juez goza de la potestad tanto de revisar el DPA alcanzado a fin de comprobar si sirve intereses de justicia y si sus términos son justos, razonables y proporcionados[114] como de revisar la transgresión alegada por la fiscalía. Mientras, en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas argentino el artículo 19 de la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos reconoce al juez la capacidad de controlar el contenido de los llamados acuerdos de colaboración celebrados entre la empresa y el Ministerio Fiscal con miras a decidir su aprobación, observación o rechazo. Igualmente, en Francia, bajo la cobertura de la *Loi Sapin II*, el conocido acuerdo judicial en interés público (*convention judiciaire d'intérêt public*) es presentado en una audiencia pública para luego ser revisado por el juez quien puede o no aprobarlo. Con todo, algunos autores han puesto de relieve las dificultades con las que el juez puede toparse a la hora de ejecutar esa facultad de revisión si antes no se le dota de un estándar claro de medición en torno a los DPAs[115]. Incluso, no han faltado quienes, tras las bondades del garantismo judicial, han advertido importantes inconvenientes: entre otros, la falta de recursos para ejecutar una buena monitorización judicial, el entorpecimiento que el control judicial puede comportar en el proceso negocial o la falta de un consolidado conocimiento por el juez sobre el asunto investigado a fin de poder adoptar una u otra decisión[116].

---

[109] REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.160-1.162; ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 229-230; ARLEN/KAHAN, *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, p. 327; GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, pp. 932-933; BARKOW/CIPOLLA, «Increased Judicial Scrutiny of Deferred Prosecution Agreements», *New York Law Journal*, 2013, pp. 2-3.

[110] Pone sobre la mesa este grave problema ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 220-221.

[111] La oportunidad reglada consiste básicamente en someter la oportunidad procesal a parámetros legislativos preestablecidos que regulen con claridad en qué situaciones operaría. Al respecto, vid. GÓNZALEZ-CANO/ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», en V.V.A.A., *La reforma del procesal penal*, 1989, pp. 715 y ss.

[112] REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.160.

[113] UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.328-1.329; SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, pp. 186-187; REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.168-1.169. También, aun con ciertas reservas sobre esta vía correctiva, PAULSEN, *New York City Law Review*, (82-5), 2007, pp. 1.464-1.465. Ofrece su respaldo a esta propuesta pero la considera, por sí sola, insuficiente para limitar la discrecionalidad de la fiscalía ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 226-227.

[114] Esto también se prevé en igual sentido en Singapur y Australia.

[115] ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 228.

[116] Vid. BARKOW/CIPOLLA, *New York Law Journal*, 2013, pp. 2-3.

b. Concesión de NPAs/DPAs a empresas investigadas por la comisión de crímenes especialmente graves

De los no tantos NPAs/DPAs que la fiscalía tiende a conceder – no olvidemos la proporción: sólo uno por cada cinco condenas – explicamos que, por lo general, suelen darse preferencia a empresas de gran tamaño y organizaciones nacionales. Lo alarmante es que, entre ellas, la fiscalía haya tenido a bien incluir corporaciones acusadas de crímenes especialmente severos que hubiese sido preferible procesar judicialmente.

Con diferencia, el caso que mayor polémica ha desatado entre los académicos es el de la empresa minera de extracción de carbón Upper Big Branch, propiedad de Massey Energy[117]. El 5 de abril de 2010 una explosión acontecida en la mina de Upper Big Branch provocó la muerte a veintinueve trabajadores. Tras más de dos años de investigaciones dirigidas por la *Mine Safety and Health Administration*[118] se llegó a la convicción de que el fatídico accidente podría haber sido prevenido perfectamente. Alrededor de trescientas violaciones de la *Mine Safety and Health Act* fueron detectadas, nueve de las cuales contribuyeron a la producción del tragedia. La empresa arrastraba, además, un historial de infracciones en los años previos a la explosión. Junto a ello, quedó probado que los empleados de Massey Enery eran pre-avisados de las inspecciones que iban a ser realizadas por la *Mine Safety and Health Administration* e intimidados para que no denunciasen las transgresiones presenciadas. Por si fuese poco, se acreditó que la empresa controlaba un doble registro: uno interno, en el que dejaba constancia de las infracciones producidas en la mina, y otro dirigido a los inspectores de trabajo, en el que nada quedaba reflejado. A pesar de todo lo descrito, el 6 de diciembre de 2011 el DOJ anunció un NPA con Alpha Nature Resources (empresa adquirida por Massey Energy un año después de la explosión) por el que convino pagar la suma de 209 millones de dólares[119].

Aun no siendo tan burdo como el anterior, merece la pena reproducir igualmente el escándalo de Toyota Motor Corporation. En agosto de 2009 tuvo lugar en San Diego, California, un accidente automovilístico que acabó con la vida de cuatro miembros de una familia a causa de un defecto en el sistema de aceleración de uno de los vehículos comercializados por la corporación. Ante la alarma suscitada entre los clientes, el gigante japonés emitió varios comunicados entre finales del año 2009 y principio del 2010 en los que aseguró haber resuelto la causa fundamental de los problemas de seguridad que afectaban a la flota de sus vehículos Toyota y Lexus, cuando en realidad no habían sido aún completamente solventados y otros problemas en los pedales habían sido detectados pero no anunciados públicamente. Con el afán de proteger a toda costa la garantía de calidad que le precedía, Toyota no sólo omitió retirar los vehículos defectuosos en circulación sino que siguió manufacturando otros con idénticos fallos, lo cual puso en serio riesgo la vida e integridad de los conductores. La fiscalía, pese a la gravedad de los hechos, aceptó pactar con Toyota un DPA en marzo de 2014[120].

---

[117] Examinan este caso tan polémico UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.295-1.301; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.537.

[118] Es una agencia del Departamento del Trabajo estadounidense responsable de supervisar las condiciones de salud y seguridad en el sector minero.

[119] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/alphanatural.pdf (visitado el día 10/03/2020)

[120] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/68320143199424073725.pdf (visitado el día 10/03/2020)

Casos como el de Upper Big Branch o el de Toyota realzan el riesgo a que una alternativa al proceso penal que, en principio, debería quedar reservada de forma excepcional a aquellas organizaciones que mayores esfuerzos demuestran en pos del cumplimiento del Derecho y en las que, en consecuencia, el delito se muestra como un hecho aislado y no como un síntoma de un estado de cosas antijurídico[121], al final, acabe por convertirse en un instrumento negocial al que la fiscalía acude con cierta ligereza y poca selectividad[122]. Curiosamente lo descrito no ocurre con el tratamiento jurídico de las personas físicas para las cuales la evitación del proceso representa una alternativa a la que sólo pueden acceder delincuentes primarios o aquellos sujetos investigados por la comisión de delitos de escasa gravedad[123]. Nuevamente la enorme discrecionalidad concedida a la fiscalía para decidir sobre el cuándo y el cómo, posibilitada por los factores examinados con anterioridad, da buena cuenta de este serio problema. Cobra sentido, por ello, que haya quien abogue por que la fiscalía presente cargos contra la empresa allá donde concluya que ese es el modo adecuado de proceder dada la severidad de los hechos investigados[124].

c. Falta de persecución de los infractores individuales

Preocupa enormemente que la concesión de un NPA/DPA haya derivado a menudo en el blindaje del agente individual[125]. Y ello no tanto por haberse convenido su inmunidad en el acuerdo en cuestión sino, antes bien, por su falta de persecución una vez la persona jurídica satisface las condiciones impuestas por la fiscalía. Tan siquiera tras el énfasis que el Yates Memo de 2015[126] puso en la necesidad de focalizar los esfuerzos de las autoridades públicas en la investigación de los delincuentes individuales[127] esta práctica ha remitido, tal como lo demuestran los datos empíricos recopilados nuevamente por GARRETT[128]. Ello plantea la duda de si el espíritu del Yates Memo, más que haberse visto aminorado en la actual política del DOJ, realmente nunca fue llevado a la práctica[129].

El propio GARRETT ha intentado ofrecer una explicación plausible a todo lo sucedido, siendo ésta de corte puramente práctico: aunque la empresa coopere, llegar hasta los delincuentes

---

[121] La noción "estado de cosas antijurídico" la extraigo de SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 393-394.

[122] Comentan ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.536: "La inseguridad en la materia, junto con la capacidad de influencia de los entes colectivos más importantes contribuyen a explicar la errática praxis de la fiscalía, que lleva a que hoy en día se cierren acuerdos de no persecución en casos que parecen estar lejos de aquellos para los que supone (y se dice) que están previstos: empresas diligentes y bien configuradas en cuyo seno un empleado desviado comete un delito".

[123] UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.303-1.307; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.539.

[124] UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, p. 1.342; ELIASON, «We Need to Indict Them. Deferred Prosecution Agreements Won't Deter Enough Crime», *Legal Times*, (31-38), 2008, p. 2.

[125] Vid. GARRETT, *Virgina Law Review*, (101-19), 2016 b, p. 71.

[126] Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 421-424.

[127] Fueron duras las críticas relativas a la no persecución de los delincuentes individuales que condujeron a la publicación de este Memorándum. Por ejemplo, vid. RAKOFF, «The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?», *The New York Review of Books*, 2014, pp 1-2.

[128] En el primer estudio realizado por GARRETT, que abarcaba el periodo comprendido entre los años 2001 y 2012, había habido persecución de personas físicas en 89 de los 255 acuerdos alcanzados (34%) Mientras, en su último estudio, que engloba los acuerdos desde 2001 hasta 2018, el número de acuerdos acompañados de una persecución de personas físicas fue de 134 sobre un total de 497 acuerdos (27%). Cfr. GARRETT, «Declining Corporate Prosecutions», *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, pp. 129 y ss.

[129] GARRETT, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, p. 134.

individuales en entornos corporativos complejos demanda de una sustancial inversión de recursos públicos[130]. Recursos que el Estado, dadas sus limitaciones, no siempre dispone. Sea cual sea la razón que subyazca en el fondo de este asunto, hay algo que está bastante claro: el saldo final arrojado es, a todas luces, insatisfactorio[131]. La empresa cooperadora recibe un tratamiento más benévolo que aquella otra que omite actuar en este sentido, sin embargo, el sujeto infractor, que es el que realmente debe interesarnos por haber sido el que ha cometido materialmente el delito escudado en alguna que otra ocasión tras la opacidad y complejidad de la corporación, logra escapar de la justicia e incluso preservar su puesto de trabajo[132]. Salta a la vista, pues, que, además de ponerse en práctica una política de persecución contradictoria con lo dispuesto expresamente por el *Justice Manual*[133], una parte importante del problema – si no la que más – sigue sin resolverse[134].

Omitir corregir los déficits de irresponsabilidad organizada originados fruto de las asimetrías informativas de las que goza la empresa sobre aquello que ocurre en su seno en comparación con el deficitario conocimiento que normalmente disponen los poderes públicos[135] y, por tanto, dejar sin resolver quiénes fueron las agentes que, bien por acción, bien por omisión, estuvieron involucrados en el ilícito penal para poder llevarlos ante la justicia, no sólo convierte *de facto* la responsabilidad penal de la persona jurídica en un sustitutivo de aquella imputable a la persona física, lo cual quebranta su (conveniente) tratamiento jurídico cumulativo dada su respectiva autonomía[136], sino que además merma severamente el efecto disuasorio individual[137]. Y ello en tanto en cuanto la probabilidad de detección y ulterior sanción del delito económico cometido por el concreto agente y, por ende, el coste percibido, se ve reducido drásticamente[138]. Después de todo, tiene razón aquel sector de la doctrina que opina que la conminación con una pena de prisión a la persona física sigue siendo el principal desincentivo en esta materia[139].

---

[130] GARRETT, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, p. 135.

[131] De esta opinión, ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.541.

[132] Prácticas como la descrita refuerzan la preocupación que GÓMEZ MARTÍN, en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, p. 253 manifiesta en uno de sus trabajos sobre esta materia, a saber, que la responsabilidad penal de la persona jurídica pueda derivar en una cierta relajación de la persecución de la persona física al grito de "siempre nos quedará la empresa".

[133] El Apartado 9-28.210 del *Justice Manual* dice expresamente: "Generalmente Estados Unidos no debería eximir a los agentes individuales de responsabilidad penal sobre la base de los acuerdos alcanzados con las empresas".

[134] ARLEN, «The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, p. 15 insiste en que la confesión y la cooperación de las empresas no son fines en sí mismos y que los fiscales han de emplear la información obtenida para perseguir a los infractores individuales.

[135] Apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO, en V.V.A.A., *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 186, Nm. 1.499: "En el caso de las personas jurídicas, éstas gozan además de una asimetría informativa sobre lo que ocurre en su interior en comparación con el conocimiento del que disponen los poderes públicos, por lo que su cooperación es esencial".

[136] SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, p. 388.

[137] ARLEN, *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, p. 15.

[138] Desde la lógica de la disuasión, se estima fundamental que el potencial delincuente perciba que los costes esperados por el incumplimiento son mayores que el beneficio reportado. Y sabemos, cuantos menos desde BECCARIA y, con posterioridad, BENTHAM, que el coste esperado del delito debe calcularse a partir de tres parámetros: la probabilidad de detección, la magnitud de la sanción y la dilación en la imposición de esa sanción. Sobre lo dicho, fundamental, ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, 2012, pp. 61 y ss.

[139] SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, p. 388; ARLEN, *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, pp. 4-5; COFFEE, «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *American Criminal Law Review*, (17), 1979-1980, p. 425.

Desincentivo que se pierde al momento de escudarla de un posible castigo[140].

Con lo anterior, desde luego, no se quiere venir a decir que la validación de la colaboración prestada por la empresa haya de quedar necesariamente supeditada a que sea ésta la que dé finalmente con el infractor individual, pues habrá ocasiones en que la complejidad de la investigación resulte ser de una entidad tal que a la corporación solamente le resulte factible auxiliar a esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos delictivos. De lo que se trata, más bien, es que la organización suministre a las autoridades un material probatorio jurídicamente válido y verdaderamente útil de cara a facilitar la labor de investigación pública[141], independientemente de que luego ésta llegue a buen puerto. Esto casa perfectamente con la idea de que las investigaciones internas solo sirven como complemento de las públicas, no como sustitutivo. Por consiguiente, que las autoridades no hayan conseguido recabar de la empresa cooperadora un material probatorio tal como para hallar al infractor individual no debería valer como excusa para renunciar a descubrir su identidad para castigarlo luego. A fin de lograr dicho objetivo, seguramente haga falta perfeccionar los mecanismos forenses de investigación de los hechos delictivos empresariales o emprender reformas institucionales de suficiente calado[142], cuestión ésta que, sin duda, depende de una óptima inversión de recursos.

Lo expresado hasta el momento saca a la luz un aspecto esencial que no conviene perder de vista: en el fondo, las personas jurídicas, como tales, nos deben de dar igual, pues quienes verdaderamente importan son las personas físicas infractoras que hay detrás de ellas. Siendo esto así, cobra pleno sentido que el principal propósito que persigue (o debería perseguir) la responsabilidad penal de la persona jurídica sea el de satisfacer una función eminentemente

---

[140] Precisamente por eso hay quien cree que la amplia preocupación del enfoque tradicional de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Estados Unidos en el castigo de la persona jurídica por encima de la física fue un importante factor que contribuyó a su fallida en la consecución de una buena prevención de la delincuencia económica. Vid. ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 68-69.

[141] En España el artículo 31 quater b) CP define la atenuante de colaboración del siguiente modo: "haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que hayan sido nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos". Una cuestión no menor es la de cuándo se considerará que el material probatorio subministrado es nuevo y esencial. Parte de la academia, avalando un posicionamiento subjetivo, entiende que lo decisivo para la satisfacción de dichos requerimientos es su cumplimiento desde la óptica de la corporación, pese a que luego las pruebas proporcionadas no los colmen en términos objetivos, valorándose, con ello, los esfuerzos simbólicos de la empresa. Así, DOPICO GÓMEZ ALLER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 2010, p. 34. Nm. 292; GÓMEZ-JARA, «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 238. Otro sector de la doctrina adopta, en cambio, un punto de vista estrictamente objetivo. Con independencia de la creencia de la organización, el material probatorio será enjuiciado como nuevo siempre y cuando no esté ya a disposición de las autoridades investigadoras o instructoras y cabrá valorarlo como decisivo en la medida en que juegue un papel relevante en la convicción judicial. De esta opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, (1), 2012, p. 27; FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 132. De las dos posiciones descritas, creo que hay que darle la razón a la segunda. Si la idea de fondo que late en la colaboración es la facilitación de la labor de investigación pública a fin de esclarecer la responsabilidad penal de los sujetos individuales implicados en el ilícito penal, no parece coherente dejar al arbitrio de la organización la decisión sobre cuando las pruebas suministradas cumplen los estándares exigidos. Bien mirado, es preciso que las mismas sean efectivamente útiles en el proceso. En caso contrario, lo que se valorarían serían los esfuerzos simbólicos de la corporación más que su verdadero auxilio en el proceso. Esto supone, en línea con lo que argumenta FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 132., que "cuanto más avanzada se encuentre una instrucción más difícil será para la persona jurídica aportar pruebas que se puedan considerar como nuevas y decisivas".

[142] ARLEN, *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, p. 16.

instrumental consistente en ofrecer fuertes incentivos para que, en clara expresión de la máxima de que el crimen no compensa (*crime doesn't pay*), las empresas (presumiendo su condición de agentes racionales y maximizadores de su beneficio)[143] colijan que, antes que tolerar o promover el delito económico, les resulta más ventajoso disuadirlo preejecutivamente, a través de la introducción de un CMS operativo, y postejecutivamente, a partir de la confesión del delito y la colaboración con las autoridades[144]. Es mediante esta serie de medidas de indagación[145] que se consigue encarecer el delito de empresa de potencial comisión por las personas físicas a partir del aumento de su coste percibido (en concreto, su probabilidad de detección)[146].

Paralelamente, dado que los beneficios derivados del incumplimiento legal en el ámbito corporativo tienden a ser elevados, ARLEN, con tal de promover su reducción[147], ve necesario, no sin razón, que las organizaciones empresariales sean también incentivadas para que reestructuren aquellas políticas retributivas y de promoción que fomenten cometer ilícitos penales por estar basadas en el ofrecimiento de compensaciones salariales o mejoras laborales con arreglo a los buenos resultados obtenidos a corto plazo por la compañía[148], pese a que a largo plazo sean susceptibles de generar importantes costes dado el riesgo de imposición de sanciones de una cuantía superior al beneficio recabado por el delito[149] [150]. A fin de cuentas, nadie mejor que la organización se halla en condiciones para incidir en el modo en el que compensar económicamente a sus empleados por los servicios prestados y, de esa forma, desincentivar la comisión de delitos en la consecución de los objetivos comerciales.

---

[143] El enfoque de la elección racional es el asumido por parte del análisis económico del Derecho. Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de derecho penal y criminología*, (extraordinario 2), 2004, pp. 37 y ss.

[144] Fundamental ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, pp. 163 y ss.; LA MISMA, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 68 y ss. Si bien entiendo que la disuasión constituye el factor clave en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cabe notar que el fin perseguido a través del castigo de las corporaciones desde la óptica de la teoría de la pena representa una cuestión doctrinal altamente discutida. Para una visión general de las distintas posturas existentes, vid. DIAMANTIS/LAUFER, *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, pp. 461 y ss.

[145] ARLEN/KRAAKMAN, *New York University Law Review*, (72-4), 1997, pp. 694, 706.

[146] Como la teoría económica del delito presume que los destinatarios de las normas son seres racionales que ponderan constantemente los costes y beneficios de sus acciones como método para poder predecir sus respuestas de comportamiento frente a los incentivos y desincentivos dados, tiene todo el sentido que para disuadir el delito haga falta asegurar que el coste percibido es superior al beneficio esperado, materializando así la máxima de que el crimen no compensa (*crime doesn't pay*). Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y derecho penal», *ADPCP*, (49-1), 1996, p. 107.

[147] Cabe precisar, con todo, que las medidas de indagación también minimizan el beneficio percibido por los autores individuales en tanto que hacen más probable la detección del delito y ésta que les priven de los beneficios obtenidos por la realización típica.

[148] El escándalo de Wells Fargo representa el paradigma del riesgo que puede conllevar el empleo de este tipo de políticas. Los empleados de este banco estadounidense abrieron sin consentimiento multitud de cuentas de depósito y tarjetas de crédito que generaron significativos costes a más de tres millones de clientes. Esta táctica fraudulenta trajo causa de la incorporación en la empresa de una política retributiva y de mantenimiento y promoción del puesto de trabajo que condicionaba las expectativas económicas de los empleados e incluso sus trabajos al número de productos financieros vendidos. En más detalle, acerca de este caso, vid. ARMOUR et al., «Board Compliance», *Minnesota Law Review*, (104), 2020, pp. 1.191 y ss.

[149] ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, pp. 164-165.

[150] Evidentemente el Estado tiene a su alcance útiles herramientas, como el comiso de ganancias o el tipo penal del blanqueo de capitales (doloso e imprudente), para reducir el beneficio esperado por la comisión del delito: la primera por privar al delincuente de las ganancias obtenidas por el ilícito y la segunda por dificultar su disfrute. Sin embargo, lo que aquí se está barajando es la adecuada incentivación de las empresas para que sean éstas las que adopten medidas internas que ayuden a alterar esta variable.

d. Condiciones controvertidas

d.1. Las medidas de reforma estructural

En sus inicios los NPAs/DPAs se limitaban a exigir a la empresa la prestación de una cooperación efectiva durante la investigación auspiciada por las autoridades así como el pago de multas de una cuantía específica[151] pero, en cualquier caso, sensiblemente más elevada en comparación con aquellas otras acordadas por los *guilty pleas*[152]. Pasado el tiempo, la fiscalía, de un modo claramente más intrusivo, empezó a requerir otro tipo de condiciones[153] – no contempladas *ex lege* como sanción[154] pero tampoco exclusivas de este tipo de acuerdos al estar previstas asimismo para las condenas con acuerdo procesal (*guilty plea*)[155] – orientadas hacia una reforma estructural de la empresa con tal de encauzarla hacia el cumplimiento del Derecho y prevenir que en un futuro volviesen a acontecer delitos de la misma naturaleza que aquellos por los que la persona jurídica estaba siendo investigada[156] [157]. Contarían como medidas de esta naturaleza, entre otras, introducir un CMS[158] o mejorar el ya existente[159], integrar en la plantilla a un *compliance officer*[160] o a un comité de cumplimiento normativo[161], asignar nuevas responsabilidades de vigilancia y control a cargos ejecutivos ya asentados en la entidad[162], realizar cambios en la composición del órgano de administración[163] o abandonar el ejercicio de ciertas actividades comerciales ligadas con el hecho delictivo que dio pie al NPA/DPA[164].

---

[151] ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 62 y ss.

[152] Véase el revelador estudio empírico desarrollado por ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 582-586.

[153] ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 62 y ss.

[154] ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 215.

[155] ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 94 y ss.; MARKOFF, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, p. 835; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.541. También, ofreciendo datos concretos, ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 588-589.

[156] Vid. ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 94; ARLEN/KAHAN, *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, pp. 334 y ss.; GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, pp. 857 y ss.

[157] De todos modos, tal vez la empresa opte por reformular voluntariamente su estructura con carácter anticipado al acuerdo precisamente para demostrar a terceros el reducido riesgo de que en un futuro acontezca de nuevo una conducta antijurídica, ante lo cual, la fiscalía podría exigir como parte del NPA/DPA alcanzado continuar con su ejecución o bien solicitar otras medidas distintas a las ya promovidas. Vid. ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 94, 122.

[158] Por ejemplo, véase el DPA concedido a ABN AMRO Bank N.V., en mayo de 2010. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/ABN-AMRO.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[159] Por ejemplo, véase el DPA concedido a Sigue Corporation en enero de 2008. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/sigue.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[160] Por ejemplo, véase el DPA concedido a Aegerion Pharmaceuticals Inc., en septiembre de 2017. Enlace: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/aegerion.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[161] Por ejemplo, véase el DPA concedido a Western Union en enero de 2017. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/western-union.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[162] Por ejemplo, véase el DPA concedido a Smith & Nephew Inc., en febrero de 2012. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/Smith-Nephew2.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[163] Por ejemplo, formó parte del DPA alcanzado por Computer Associates en septiembre de 2004 el requerimiento de que al menos dos terceras partes del consejo de administración estuviesen compuestas por directivos independientes.

Según podrá deducirse, esta forma de proceder comportó un significativo cambio de paradigma. Desde entonces, ya no se trata de amenazar a las empresas con sanciones económicas de determinada gravedad para inducirlas a poner en práctica aquellas acciones que ellas mismas enjuicien como más adecuadas para prevenir la delincuencia. En vez de eso, la fiscalía interfiere en la esfera de autonomía de la corporación para hacer prevalecer su parecer sobre cómo deberían hacerse las cosas[165] [166], de modo que su rol ya no quedaría limitado a ejercer como simple parte acusadora sino que acogería adicionalmente auténticas funciones de hetero-organización[167]. Si bien durante los años sesenta y setenta Estados Unidos ya recurrió a herramientas de re-configuración de instituciones públicas tales como colegios (a fin de evitar la segregación racial), centros penitenciarios o hospitales (con tal de mejorar las condiciones de vida de los reclusos y los pacientes, respectivamente)[168], el hecho de que las afectadas sean ahora entidades privadas investigadas – pero, no lo olvidemos, todavía no acusadas formalmente ni muchos menos condenadas – arroja importantes interrogantes que ameritan ser considerados:

Para empezar, no queda nada claro que el emprendimiento de reformas estructurales con arreglo a un ideal público – o tan siquiera eso: el ideal del fiscal encargado de la investigación – sean siempre necesarias por mucho de que hayan sido detectados fallos en los sistemas internos de prevención delictiva o incluso cuando los mecanismos de vigilancia y control brillaran directamente por su ausencia en la entidad. Asentada en el ordenamiento jurídico una buena política legislativa en materia de responsabilidad penal de la personas jurídicas que incentive óptimamente a las organizaciones para que concluyan que les resulta más provechoso aliarse con el Estado en la lucha contra la criminalidad de empresa, las intromisiones en la gestión empresarial deberían quedar descartadas, precisamente porque una corporación (racional y maximizadora de sus beneficios) ya optaría *motu propio* por introducir cambios significativos en su organización y en su CMS en aras de evitar futuros incidentes como los acaecidos[169].

Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/computerassociates.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[164] Por ejemplo, KPMG que, recordemos, fue investigada por auxiliar a sus clientes a defraudar a la Hacienda norteamericana, acordó en un DPA suscrito en agosto de 2005 abandonar sus actividades de asesoría fiscal. Disponible en: http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/kpmg.pdf (visitado el día 04/03/2020)

[165] ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 62 y ss.

[166] Una duda que se me genera a propósito de esta dinámica y que solamente dejaré apuntada es la de si acaso reúne las suficientes dosis de legitimidad la palpable limitación que se produce del derecho a la libertad de empresa – y, más en concreto, su vertiente relativa la libertad de ejercicio (facultad de decidir acerca de cómo desarrollar en concreto la actividad de negocio) – cuando una organización, si bien voluntariamente pero en un claro contexto de desigualdad, accede a reconfigurar su estructura conforme a los dictados del fiscal encargado de la investigación. Concretamente, en España, conecta el *compliance* con este derecho fundamental (artículo 38 CE) GONZÁLEZ GRANDA, «El derecho fundamental a la libertad de empresa y *compliance* penal», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 895 y ss.

[167] En un sentido parecido, comenta EPSTEIN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 41 que las condiciones de los acuerdos de no persecución, más onerosas que aquellas que pueden obtenerse mediante una condena, permiten configurar al fiscal como un regulador *de facto* de la empresa.

[168] GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, pp. 857, 869-873.

[169] En este sentido, ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 77; GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, pp. 875 y ss.

Aparte, dista de ser pacífico que los fiscales sean los agentes idóneos para decidir y supervisar cuestiones relativas a la reestructuración interna de las corporaciones. Normalmente los fiscales desconocen cómo funciona la empresa investigada y suelen carecer tanto de experiencia en la gestión empresarial como de conocimientos acerca del concreto sector de actividad de la organización, por lo cual, es notorio el riesgo de que sus propuestas lleguen a ser costosas pero poco efectivas[170]. En particular, su falta de idoneidad aparece reflejada a la hora de valorar lo que sería la herramienta de reforma estructural por excelencia: la exigencia de introducir un CMS o, en su caso, mejorar el ya existente. Si bien el DOJ dio pasos significativos en este campo a partir de la publicación en 2017 de un breve documento guía acerca de los ítems más relevantes de evaluación del CMS, actualizado posteriormente en 2019[171], dichas directrices presuponen la tenencia de una serie de conocimientos técnicos que exceden lo estrictamente jurídico debido al carácter multidisciplinar del *compliance* y que, dada su formación, los fiscales no tienen por qué poseer[172]. No existe, por tanto, una garantía absoluta de que los fiscales norteamericanos estén en plenas condiciones de discernir correctamente entre un CMS operativo y otro meramente cosmético. Es más, tan siquiera cabe encontrar en la literatura especializada en la materia evidencia empírica sobre el impacto real de los CMS en lo que a la reducción de los niveles de criminalidad concierne[173] ni, de hecho, es seguro que la medición de su eficacia sea del todo posible[174] y, aun siéndolo, seguiría persistiendo la duda de bajo qué parámetros habría que realizar semejante medición[175].

d.2. La contratación de monitores expertos

La intrusión en la gobernanza corporativa de las corporaciones no tiene por qué terminar necesariamente con el compromiso contraído de llevar a la práctica medidas de reforma estructural como las vistas en el epígrafe precedente. Adicionalmente, a efectos de asegurar su efectiva puesta en marcha, desde alrededor de mediados de los años noventa y especialmente a partir del comienzo del nuevo milenio, la fiscalía ha estimado en ocasiones oportuno incluir entre las condiciones del NPA/DPA alcanzado el requerimiento dirigido a la empresa de

---

[170] ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 77 y ss.

[171] https://www.justice.gov/criminal- fraud/page/file/937501/download (visitado el día 13/03/2020).

[172] ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 1.534 y ss.

[173] Cree KRAWIEC, «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», *Washington University Law Review*, (81-2), 2003, pp. 510 y ss., que no existe evidencia empírica suficiente para acreditar que las estructuras internas de *compliance* son verdaderamente útiles para la prevención delictiva. Pone en entredicho el posicionamiento de la antecitada autora AVIRAM, «In Defense of Imperfect Compliance Programs», *Florida State University Law Review*, (32-2), 2005, pp. 769 y ss. En términos generales, resaltan la escasa literatura académica de base empírica existente sobre actividades de cumplimiento normativo y señalan los principales factores que dificultan hacerse con este tipo de información ARMOUR et al., *Minnesota Law Review*, (104), 2020, p. 1.226.

[174] Con amplias referencias, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 1.535, nota a pie de página nº 124.

[175] Tengo la impresión de que la metodología predominante es la del sistema de *checklist* basada en la comprobación de si la empresa ha satisfecho aquel conjunto de presupuestos enjuiciados como válidos para conformar un CMS mínimamente operativo. No obstante, mediante semejante metodología se deja sin responder si esas medidas al uso son de por sí idóneas para prevenir la delincuencia económica. Las alternativas a esta forma de medición no se han hecho esperar. Por ejemplo, ofrece una interesante propuesta de valoración sobre la idoneidad del CMS desde el prisma del análisis económico del Derecho, MILLER, «An Economic Analysis of Effective Compliance Programs», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018 b, pp. 247 y ss.

contratar un monitor externo mediante sus propios recursos[176] [177]. La figura del monitor externo carece en Estados Unidos de un estatuto legal que delimite de forma clara y detallada cuál es su abanico de deberes. Deberes que en la *praxis* tienden a ser, de hecho, más o menos intensos, dependiendo del caso[178]. En líneas generales, sin embargo, cabe señalar que su función, prolongada durante un periodo previamente pactado, está orientada a futuro, pues de lo que se trata es, en esencia, de que supervise que la organización queda estructurada de una forma tal como para reducir el riesgo de que vuelvan ocurrir delitos como aquellos que han dado pie a la negociación del acuerdo de no persecución, manteniendo a la fiscalía en regular conocimiento sobre los avances y novedades que se produzcan. Es precisamente por el desempeño de una tarea de semejantes características, próxima a la satisfacción de una suerte de interés público[179], que, pese a tratarse formalmente de agentes privados, hay quien ha adscrito a los monitores un papel cercano al poder ejecutivo, pese a que, en principio, no formen parte de esta institución[180]. Dicha mecánica presenta un clara ventaja para el Estado, toda vez que le permite verificar de la mano de un observador independiente con habilidades técnicas en este campo que la entidad cumple con lo prometido sin tener que desembolsar un solo dólar de presupuesto público[181].

Con todo, lo cierto es que la petición de la fiscalía de contratar a monitores externos ha caído progresivamente en desuso[182]. A este descrecimiento han contribuido, aparte de la ya no siempre necesaria presencia de un monitor externo en la compañía[183], una serie de factores que han puesto en tela de juicio la debida operatividad de la labor desempeñada[184]:

---

[176] Acerca del origen de los monitores en Estados Unidos y su presencia en los NPAs/DPAs, vid. KHANNA, «Reforming the Corporate Monitor?», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 227-228, 230.

[177] En España la consecuencia jurídica que más se asimila a la designación de un monitor externo, aun con significativas diferencias, es la "pena" de intervención judicial (artículo 33.7 g) CP). Con ella el juez designa una suerte de monitor encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad en el seno de la persona jurídica frente a los déficits estructurales detectados. Su ejecución está pensada exclusivamente para proteger los derechos de los acreedores o de los trabajadores y el articulado penal establece un plazo máximo de intervención (cinco años). Al respecto, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ et at., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 289-292.

[178] Normalmente se distinguen hasta cuatro perfiles de monitor externo, siendo estos, ordenado de menor a mayor intensidad, los siguientes: (a) Consejero con funciones meramente de asesoramiento y recomendación; (b) Auditor encargado de verificar que la empresa cumple con aquello a lo que se ha comprometido con el DOJ; (c) Asociado que desempeña el mismo papel que el auditor pero actúa mano a mano con el CO de la entidad, el órgano de dirección u otras instancias de control; (d) Autócrata con amplios poderes para hacer cumplir sus recomendaciones en lo que atañe a cambios en la gobernanza corporativa y el CMS de la organización. Cfr. FORD/HESS, «Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?», *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 707 y ss.

[179] Describe a los monitores como ciudadanos privados a los que se les otorga una enorme responsabilidad por ejecutar medidas de reparación que afectan al público en general ROOT, «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.229.

[180] ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.230, nota a pie de página nº 24; LA MISMA, «The Monitor-'Client' Relationship», *Virgina Law Review*, (100), 2014, p. 527.

[181] GRIFFIN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 119-120.

[182] Entre los años 2001 y 2012 sólo una cuarta parte de los NPAs y DPAs incluyeron un monitor externo. La cifra ha descendido aún más en los últimos años. En 2015 y 2017 únicamente fueron concedidos cuatro monitores externos, en 2016 nueve y ya en pleno 2018 solamente uno. Cfr. GARRETT, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, pp. 125 y ss.

[183] Acerca de esta cuestión, desde la óptica de la disuasión y la ponderación de costes-beneficios, vid. KHANNA/DICKINSON, «The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?», *Michigan Law Review*, (105-8), 2007, pp. 1.727 y ss.

[184] En lo que sigue, voy a ocuparme de examinar los principales factores que han dado cuenta del descenso en el uso de monitores externos. Quedarán fuera de consideración otras interesantes discusiones tales como si el informe del monitor externo acerca de los resultados relativos a la reestructuración de la empresa en pos de del cumplimiento

Los problemas han dado comienzo en la etapa más primigenia: el proceso de selección. Mientras que en ocasiones es la empresa la que lanza una propuesta que el poder ejecutivo puede o no aceptar, en otras es la fiscalía la que presenta un listado de nombres a escoger[185]. Independientemente de la dirección tomada, y reconociéndose que la fiscalía tiende a poseer aquí la última palabra[186], lo verdaderamente preocupante es que tanto la inexistencia de límites en esta sede a lo largo de un prolongado periodo de tiempo como el todavía exiguo control judicial facilitaron que durante años una alarmante *ratio* de monitores externos estuviese ocupada por antiguos empleados del DOJ incorporados a estos puestos poco después de abandonar la oficina[187]. Seguramente el supuesto más sonado fue la contratación por Zimmer Inc., a finales de 2007 del ex Fiscal General del Estado, John Ashcroft, por cuya labor de monitoreo se le pagó la astronómica cifra de entre 28 y 52 millones por sólo 18 meses de trabajo. Su fichaje resultó especialmente escandaloso, pues dio la casualidad de que el fiscal de New Jersey encargado de la investigación de Zimmer Inc., que designó a Aschroft como monitor sin mediar siquiera concurso público, Chris Christie, trabajó formalmente para él en un pasado. Por desgracia, ésta no fue la primera vez en la que Christie incurrió en este tipo de situación de conflicto de intereses[188].

Curiosamente este tipo de prácticas llegaron a ser estimadas por algunas empresas como una oportunidad en vez de como una desventaja precisamente por la confianza que desprendía de puertas hacia fuera que alguien que en su día perteneció a la fiscalía estuviese al mando[189]. E incluso los propios ex fiscales alegaron que su experiencia les avalaba suficientemente para ejercer como monitores y podía resultar enormemente beneficiosa para el buen progreso de la organización[190]. Sin embargo, más allá del palpable conflicto de intereses concurrente, que ya de por sí ponía en seria duda la independencia y objetividad del monitor asignado[191], ocurre, como explicamos, que los fiscales norteamericanos tienden a carecer de los conocimientos o habilidades para evaluar correctamente el grado de eficacia del CMS que la empresa está integrando o mejorando[192], de modo que resulta, cuanto menos, paradójico que fueran precisamente a estos a quienes se les solicitase supervisar los cambios estructurales operados en la corporación investigada.

Fruto del aluvión de críticas originado a causa del duradero uso de una política de contratación propensa al amiguismo, en marzo de 2008, el por entonces Fiscal General del Estado, Craig S. Morford, publicó unas directrices relativas a la selección de monitores externos bautizadas con

---

normativo ha de ser o no accesible al público. Sobre estas y otras cuestiones, vid. FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 680 y ss.

[185] KHANNA/DICKINSON, *Michigan Law Review*, (105-8), 2007, p. 1.722.

[186] KHANNA/DICKINSON, *Michigan Law Review*, (105-8), 2007, p. 1.722.

[187] GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 926; EL MISMO, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, p. 127; FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 712-715; UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.327-1.328; ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.229; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.529, nota a pie de página nº 100.

[188] En mayor profundidad, en relación con este caso, vid. HARRISON, «Monitorships and Deferred Prosecution Agreements: History, Process and Recent Trends», en WEIL et al., (dirs.), *Litigation Services Handbook. The Role of the Financial Expert*, 6ª ed., 2017, pp. 6-7.

[189] FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, p. 713.

[190] FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, p. 713; ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.245.

[191] ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.245.

[192] FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, p. 715.

el nombre de Morford Memo[193] que se ocuparon de abordar la intrincada cuestión de cómo debían ser elegidos los monitores pero que prácticamente dejaban en el aire cuándo convenía que estos fuesen impuestos[194]. Esta última cuestión no fue abordada hasta mediados de octubre de 2018 por el director adjunto del Fiscal General del Estado, Brian A. Benzcowski[195], a propósito de las constantes quejas trasladadas por las empresas acerca del pronunciado coste derivado de la contratación de un monitor externo[196] y el usual entorpecimiento que su trabajo implica para el normal desarrollo de la actividad corporativa[197]. Con un tono aún más restrictivo que su predecesor, Brian A. Benzcowski aclaró que la contratación de monitores ha de ser considerada la excepción, no la regla. Y, a estos efectos, señaló una serie de factores a considerar por los fiscales a la hora de decidir si conviene o no incorporar a un monitor externo, siendo entre ellos destacables una contundente inversión de recursos en cumplimiento normativo y un rápido resarcimiento de los daños causados. Aun así, sus consideraciones, al igual que lo dispuesto por el Morford Memo, únicamente alcanzan a los miembros del DOJ pero no a integrantes de otras agencias como la SEC o la *Federal Trade Commission*, de modo que los integrantes de estos últimos organismos gozarían todavía de cierto margen de maniobra en este campo.

Por otro lado, pese a las incomodidades que la empresa puede llegar a experimentar por mor de la presencia de un monitor externo en su seno, debe notarse que tan siquiera existe consenso sobre si los servicios que presta son siempre útiles[198]. Casos como el de American International Group (AIG)[199] lo ponen en entredicho[200]. La aseguradora líder a nivel mundial, investigada en el año 2004 por el falseamiento de una serie de documentos financieros, acordó con la fiscalía incorporar en su división de productos financieros a un monitor independiente. Su labor se extendió durante tres años – concretamente el periodo comprendido entre 2005 y 2007 – y recibió por ello la suma total de 20 millones de dólares. Sin embargo, no consiguió detectar un conjunto de deficiencias que condujeron al colapso de la corporación, circunstancia ésta determinante en el posterior estallido de la crisis económica de 2008[201]. Con esto no se quiere venir a decir que la contratación de un monitor externo carezca en todo caso de importantes beneficios[202]. Más bien, me limito a resaltar que fallos como los de AIG han contribuido a la progresiva pérdida de confianza en el trabajo desempeñado por este colectivo de profesionales.

---

[193] https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf (visitado el día 01/03/2020)

[194] Desde una visión estrictamente económica, el Morford Memo se limitaba a expresar que la contratación de los monitores debería tener en consideración, de un lado, los potenciales beneficios que contratar a un monitor reporta a la empresa y el público en general, y, de otro, los costes derivados de este agente y su impacto en las operaciones comerciales.

[195] https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download (visitado el día 01/03/2020)

[196] Los incentivos económicos para ejercer como monitor externo son tremendamente significativos, lo cual desemboca en una fuerte competencia. Pensemos, sin ir más lejos, en el caso de la compañía de alimentación Herbalife: mientras algunos estiman el coste de los servicios de monitoreo contratados en 15,7 millones de dólares, otros lo sitúan entre los 7,8 y 11,5 millones. Cfr. ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, pp. 2.228-2.229, 2.240.

[197] ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.529.

[198] CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 68 y ss.

[199] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/aig-fp.pdf (visitado el día 02/03/2020)

[200] Críticamente, sobre este caso, vid. CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 68 y ss.; GRIFFIN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 121-122.

[201] GETHARD, «Falling Giant: A Case Study of AIG», *Investopedia*, 2019, pp. 1-2.

[202] Sobre las ventajas de los monitores externos, vid. FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 719 y ss.

Seguramente el establecimiento de una inapropiada rendición de cuentas en torno a la labor desarrollada por los monitores externos haya tenido igualmente algo que ver en la materialización de semejante tipo de brechas. Si bien el riesgo de perder el capital reputacional que tanto le ha costado aunar al monitor contratado representa un gran desincentivo para el incorrecto ejercicio de su profesión[203], el hecho de que los monitores externos sean a veces grandes corporaciones implica que, por mucho de que éstas sean directamente sancionadas o despedidas, el responsable individual puede llegar a escabullirse[204]. Por ello, hay quien, como ROOT, estima necesario, a efectos de evitar fenómenos de irresponsabilidad organizada, identificar de antemano explícita y públicamente al concreto monitor encargado para, de ese modo, sancionarlo en caso de incurrir en un comportamiento defectuoso[205].

d.3. Condiciones sin relación con el delito

Sorprende otro tanto la puntual inclusión en ciertos NPAs/DPAs de exigencias de naturaleza caritativa cuyos propósitos poco o nada tenían que ver con el resarcimiento de los daños causados por el ilícito penal investigado[206]. Personalmente no creo que sea en sí criticable que la fiscalía convenga con la persona jurídica la ejecución de esta suerte de servicios en beneficio de la comunidad[207], toda vez que en Estado Unidos el *Chapter VIII* de las *U.S. Sentencing Guidelines* los prevé igualmente como posible consecuencia jurídica a imponer judicialmente a la persona jurídica[208] y, de hecho, al igual que ocurre en sistemas como el español (artículo 49 CP), también en determinadas circunstancias las personas físicas, previo consentimiento, pueden ser objeto *mutatis mutandi* de una pena con un contenido análogo al aquí discutido[209]. Lo verdaderamente perverso es que, en la práctica, se hayan dado casos en los que no existía ninguna relación entre el delito cometido y la causa a la que iba destinada la donación económica requerida[210]. Pese al revuelo suscitado en la academia, paradójicamente las empresas, en tanto afectadas directas de semejante política negocial, no han solido poner reparos, bien por la buena publicidad que ello les reporta, bien por el riesgo de ser objeto de otro tipo de requerimientos aún más severos[211].

Entrando en algo más de detalle, resulta representativo el DPA acordado el 1 de diciembre de 2003 con la New York Racing Association fruto de la comisión de un delito de fraude fiscal, en virtud del cual, la fiscalía le requirió instalar máquinas tragaperras en el Hipódromo de Aqueduct[212]. La razón que subyació a esta decisión fue totalmente ajena al caso: los

---

[203] ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, pp. 2.239-2.241.

[204] ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.246.

[205] ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.246.

[206] SENKO, Southern California Interdisciplinary Law Journal, (19), 2009, pp. 179-180.

[207] Los califican así GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 916; CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 67-68, nota a pie de página nº 374; ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 589.

[208] Vid. USSG § 8B1.3 (2014).

[209] Para una visión general sobre los servicios en beneficio a la comunidad en Estados Unidos y su eficacia como alternativas a las penas tradicionales, vid. BOUFFARD/MUFTIC, «The Effectiveness of Community Service Sentences Compared to Traditional Fines for Low-Level Offenders», *The Prison Journal*, (87-2), 2007, pp. 171 y ss.

[210] En este sentido, GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, p. 77; CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 66-67; ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 67.

[211] GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 917.

[212] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/nyracingassociation.pdf (visitado el día 10/03/2020)

funcionarios públicos temían que el proceso judicial demorara la introducción de las máquinas de juego en la pista de carrera, que ya llevaban más de diez años de retraso acumulados por otro tipo de razones, y que la pérdida de ingresos hasta entonces perjudicara seriamente la capacidad del Estado de New York para cumplir con una resolución judicial sin relación con la investigación que le requería invertir fondos adicionales en escuelas públicas[213].

Igualmente amerita ser considerado el DPA concedido el 1 de junio de 2005 al gigante farmacéutico Bristol-Myers Squibb por haber empleado entre los años 2000 y 2001 un esquema defraudatorio conocido como *channel stuffing* a fin de impulsar sus ventas e inflar su cifra de ganancias frente al mercado. Aquí Bristol-Myers Squibb, aparentemente por iniciativa propia, convino con la fiscalía financiar una cátedra sobre ética de los negocios y buena gobernanza corporativa en la Facultad de Derecho de la Universidad Seton Hall[214] donde curiosamente el fiscal encargado de la causa se graduó, dato éste que, cuanto menos, refleja una situación de conflicto de intereses[215] que pone en tela de juicio su imparcialidad en la llevanza del asunto, por mucho de que la justificación oficial aducida fuese la promoción de formación en ética de los negocios entre los directivos de las compañías[216].

Apenas poco más de medio año después, el 1 de enero de 2006, el Roger Williams Medical Center logró entrar en un DPA a propósito de un caso de corrupción pública[217]. Dado el peligro de que procesar judicialmente a este hospital sin ánimo de lucro comprometiese los servicios médicos orientados a aquellos residentes pobres de Providence en Rhode Island, la fiscalía tuvo a bien exigir el abono de cuatro millones de dólares en concepto de asistencia médica gratuita adicional para residentes con ingresos reducidos sin seguro[218].

Observamos, pues, que la fiscalía, en más de una ocasión, ha aprovechado los NPAs/DPAs para cubrir necesidades, intereses u objetivos espurios distintos a los fines perseguidos por el Derecho penal[219]. Las reticencias generadas por esta clase de acuerdos, especialmente el de Bristol-Myers Squibb, fueron tales que en el año 2008 el DOJ, bajo la dirección del por entonces Fiscal General del Estado, Mark Filip, se vio obligado a modificar su política de persecución con tal de precisar en el Apartado 9-16.325 del *Justice Manual* que ni los NPAs ni los DPAs deberían incluir condiciones que exijan a la empresa pagar fondos a una organización caritativa, educativa, comunitaria o a otra entidad o persona que no sea víctima de la actividad delictiva. Pese al desaliento promovido oficialmente, las condiciones de corte caritativo no cesaron. Sin ir más lejos, en el año 2012 la Gibson Guitar Corporation fue investigada por haber importado madera de ébano procedente de Madagascar y palo de raso desde India para emplearlas en la producción de sus guitarras en transgresión de lo dispuesto por la Lacey Act de 1900. El 27 de

---

[213] GARRETT, *Virgina Law Review*, (93-4), 2007, p. 857; EL MISMO, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, p. 76.

[214] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/bristol-meyers.pdf (visitado el día 10/03/2020)

[215] Precisamente advierte sobre los posibles conflictos de intereses que pueden suscitarse a propósito de este tipo de prácticas UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, p. 1.328.

[216] GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, p. 77; CUNNINGHAM, Flo*rida Law Review*, (66-1), 2014, p. 66.

[217] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/rogerwilliams.pdf (visitado el día 10/03/2020)

[218] GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, pp. 76-77.

[219] En un sentido análogo, ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 213-214.

julio de 2012 la entidad empresarial aceptó donar 50.000 dólares a la *National Fish and Wildlife Foundation* con miras a financiar proyectos de investigación o actividades para promover la conservación, identificación y/o propagación de aquellas especies de árboles protegidas empleadas en la industria musical así como los bosques donde estos árboles nacen[220], medida ésta que, por lo menos, sí que guardaba cierta vinculación con la infracción cometida. Con todo, interesa precisar que el contenido del Apartado 9-16.325 del *Justice Manual* fue tiempo después modificado. Hoy por hoy, el texto viene a decir que los fiscales no podrán negociar un acuerdo en nombre de los Estados Unidos si en éste se dirige o se provee un pago o un préstamo a cualquier persona o entidad no gubernamental que no sea parte en la disputa, lo que no obsta, se matiza luego, para que la (empresa) acusada, por mor de su propia decisión, pague unilateralmente dinero a una organización caritativa, educativa, comunitaria u otra organización o individuo, y luego solicite al juez ser absuelta en la sentencia que dicte[221].

e. Erosión del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas

A pesar de los incipientes pasos emprendidos ya en el siglo XIX tanto por el legislador como por los tribunales estadounidenses, no fue hasta el año 1909 cuando el Tribunal Supremo norteamericano reconoció por primera vez la *corporate criminal liability* en su histórica sentencia USA v. New York Central & Hudson River Railroad 212 US 481 (1909)[222], cosa que sigue vigente hasta nuestros días (considérese el *Justice Manual* y las *U.S. Sentencing Guidelines*). La voluntad en Estados Unidos ha sido claramente, por tanto, la de instaurar un régimen de responsabilidad de la persona jurídica de naturaleza criminal como ha ocurrido tiempo después en España y en otros cuantos países. Esto da bastante que pensar, pues parte de la doctrina se ha cuestionado en qué medida socavaría ese sistema de justicia penal, y, con ello, su efecto preventivo, que el DOJ haga uso de una vía de resolución del conflicto generado por el hecho antijurídico un tanto descafeinada capaz de sortear tanto el enjuiciamiento criminal que, en principio, debería proceder como la ulterior imposición de una pena[223].

Que los NPAs/DPAs difieren del tradicional juicio penal es algo difícilmente cuestionable dada la falta de todo un procedimiento reglado que rija su tramitación. Buena parte de la disciplina que predomina en los juicios penales (existencia de una tercera parte imparcial (el juez) que decide sobre el fondo del asunto, fijación de un estándar de valoración de la prueba, etc.) brilla, en efecto, por su ausencia durante la negociación de los NPAs/DPAs[224] caracterizada por una marcada opacidad y laxitud. A mayor abundamiento, los *mandates*, pese a coincidir prácticamente en contenido con la mayoría de penas previstas legalmente para la persona jurídica (pensemos, por ejemplo, en la imposición del pago de una multa), difícilmente cabría calificarlos como auténticas sanciones. Bien mirado, representan requerimientos que la organización investigada accede a satisfacer por temor a ir a juicio tras los cuales subyace el ejercicio de un amplio poder gubernamental reconocido a la fiscalía que bien le permite diferir la persecución o perseguir formalmente a la corporación en caso de negativa o incumplimiento.

---

[220] http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/Gibson-Guitar.pdf (visitado el día 11/03/2020)

[221] https://www.justice.gov/jm/jm-9-16000-pleas-federal-rule-criminal-procedure-11 (visitado el día 11/03/2020)

[222] Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 41.

[223] En este sentido crítico, UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.335-1.336; ELIASON, *Legal Times*, (31-38), 2008, p. 2; NEIRA PENA (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, pp. 82-83.

[224] ELIASON, *Legal Times*, (31-38), 2008, p. 2.

Mediante esta forma de proceder, es claro que la amenaza de la pena se pierde. Cierto es que la consecuencia jurídica que afronta la persona jurídica nada tiene que ver en naturaleza con la pena orientada hacia la persona física[225]. Entendida en un sentido fuerte, la pena, presuponiendo un modo de obrar culpable, dirige al destinatario de la norma un reproche ético-jurídico que otro tipo de sanciones (administrativas, civiles, etc.) no emiten, característica ésta que no es propia de las "penas" impuestas a las empresas a las que, en tanto ficción jurídica que son, no hay nada que reprochar como si de agentes morales y autónomos se tratasen. Siendo precisos, lo que a la persona jurídica se le anuda es, a lo sumo, una "pena" en un sentido débil o amplio a la que parte de la doctrina ha preferido referirse mediante otro tipo de nomenclaturas (para-pena, casi-pena, correctivo, etc.). Aun con sus particularidades, esa consecuencia jurídica, en la medida en que es acordada en el marco de un auténtico proceso penal, sigue aprovechándose de cierta fuerza comunicativo-simbólica[226] a propósito del mensaje de desaprobación que desde la sociedad se lanza a la criminalidad de empresa, efecto éste que, sin duda, acaba por diluirse cuando se transita por una vía alternativa como la de los NPAs/DPAs que, como apuntamos, tan siquiera conducen hacia el establecimiento de una sanción *stricto sensu*.

3. Posibles problemas de compatibilidad de los NPAs/DPAs con el sistema procesal español

3.1. El papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la instrucción

La actividad investigadora del Ministerio Fiscal español en las causas penales ha ido viéndose progresivamente incrementada con el paso de los años, hasta el punto de que, como ya lo intentaron hace poco tiempo, aunque sin éxito, no sólo el Borrador de Anteproyecto de la Lecrim de 2011[227] sino también el Borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal de 2013[228] [229], se ha vuelto a plantear oficialmente conceder a esta institución por vía legislativa la

---

[225] De esta opinión en la doctrina española MIR PUIG, «Las nuevas 'penas' para personas jurídicas: una clase de 'penas' sin culpabilidad», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 8-12; SILVA SÁNCHEZ: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 355-356; ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario la Ley*, (7705), 2011, pp. 23-24; GÓMEZ MARTÍN, en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, pp. 279 y ss; GRACIA MARTÍN, «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *RECC*, 2016, p. 4; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa,* 2015, pp. 364-366; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, pp. 126 y ss., 261-265. También en la doctrina alemana JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», en PRITTWITZ (dir.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, pp. 573-574; SCHÜNEMANN, «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsstrafrecht?», en SIEBER (dir.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, pp. 437-440; FRISCH, «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», en ZÖLLER et al., (dirs.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, 2013, pp. 351, 359-360, 372-373; BÖSE, «Strafbarkeit juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht», *ZgS*, (126-1), 2014, pp. 141-147; FROMM, «Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?», *ZIS*, (7), 2007, p. 283.

[226] SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (65), 2012, p. 31; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa,* 2015, p. 368.

[227] https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf (visitado el día 11/04/2020).

[228] https://confilegal.com/wp-content/uploads/2018/05/2013-BORRADOR-DE-C%C3%93DIGO-PROCESAL-PENAL-PP.pdf (visitado el día 11/04/2020).

dirección de las diligencias practicadas en la instrucción penal[230] del mismo modo que en el proceso de menores en el que el juez ocupa un papel garantista (artículo 23 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor), alternativa ésta respaldada por una significativa parte de la doctrina[231]. Lejos ha ido quedando el desempeño por el Ministerio Fiscal de un rol residual en las pesquisas criminales, especialmente en lo que atañe a las complejísimas investigaciones sobre delitos económicos.

A decir verdad, en el proceso abreviado y, por extensión, en el ordinario (Circular de la Fiscalía 5/2013 sobre diligencias de investigación), el Ministerio Fiscal, antes del inicio de la instrucción, está facultado para desarrollar diligencias pre-procesales (artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y artículo 773.2 Lecrim) que, salvo por algunas excepciones puntuales, no pueden acarrear una restricción de derechos fundamentales. Todo ello con el fin de realizar las comprobaciones mínimas imprescindibles a fin de decidir si ejercer la acción penal o bien archivar las actuaciones (por no ser el hecho constitutivo del delito, por ejemplo), posibilidad última ésta que, al no comportar un archivo judicial, no impediría iniciar el procedimiento en caso de mediar denuncia por parte de los ofendidos. No obstante, dicha investigación preliminar está acotada temporalmente y, en todo caso, cesa tan pronto el juez instructor abre el sumario. Llegados a este punto, le corresponde al juez instructor dirigir la investigación procesal, lo cual no quita que en la *praxis* el Ministerio Fiscal retenga aún la capacidad de impulsar la práctica ciertas diligencias[232] (entradas y registros, interceptación de las comunicaciones, etc.). Incluso, si la investigación preliminar ha sido profunda, puede que, particularmente en materia anticorrupción, el Ministerio Fiscal llegue a dirigir *de facto* la investigación procesal[233].

Importa matizar, con todo, que el modelo de investigación descrito puede presentar matices en la práctica (por ejemplo, el Ministerio Fiscal puede optar por judicializar inmediatamente la

---

[229] El primer intento de atribuir al fiscal la dirección de la instrucción tuvo lugar justo con el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980. Cfr. GÓMEZ COLOMER, *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, p. 183; FUENTES SORIANO, *Fundación Alternativas*, (16), 2003, p. 22.

[230] El actual Ministro de Justicia, Juan Carlos Campo, anunció su intención de presentar a finales del año 2020 un Anteproyecto de reforma de la Lecrim con ese propósito. Véase la noticia en: https://www.larazon.es/espana/20200217/pygwbx62kzeuvllfao42wb4jze.html (visitado el día 17/03/2020)

[231] Entre otros, NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, p. 65; GIMENO SENDRA, «La reforma de la Lecrim y la posición del M.F. en la investigación penal», en GIMENO SENDRA (dir.), *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción*, 2006, pp. 35-39; FUENTES SORIANO, «El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma», *Fundación Alternativas*, (16), 2003, pp. 21 y ss. Comparte esta opinión, aunque precisa que, en aras de su efectividad, la atribución de la instrucción a la fiscalía debería venir acompañada de una reforma orgánica para aumentar considerablemente la plantilla de dicho órgano público así como de un incremento de los medios personales y materiales a disposición de la institución MARTÍN PASTOR, «Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTIN et al., (dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, 2012, pp. 557-558, 570 y ss. En cambio, tras exponer tanto los argumentos a favor como en contra de esta alternativa y admitir su compatibilidad constitucional, concluye que el Fiscal no debe instruir las causas si se mantiene el actual sistema acusatorio formal o mixto por razones organizativas, estructurales y prácticas pero precisa que si se instaura el sistema adversarial, el Fiscal, quien ostenta en esa sede en régimen de monopolio (exclusividad) la titularidad de la acción penal, necesariamente debería instruir el proceso penal GÓMEZ COLOMER, «La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?», *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, pp. 177 y ss. Por su parte, expresa dudas de que sea adecuado conceder a la fiscalía la dirección de la instrucción penal ARMENTA DEU, «El fiscal instructor, ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho público*, (16), 2002, pp. 220-221.

[232] Ahora bien, en la causas penales carentes de una gran trascendencia pública, ese impulso puede llegar a ser cedido a la acusación particular y/o popular.

[233] GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, «La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx», *Diario la Ley*, (8768), 2016, p. 10.

investigación dadas las limitaciones temporales y de medios) [234], y, lo que es aún más relevante, es sólo uno de los diversos modelos presentes en la realidad de las investigaciones sobre la delincuencia económica que, dependiendo del caso, pueden llegar a ser protagonizadas por la policía judicial y las unidades especializadas (por ejemplo, la UDEF)[235], la agencia tributaria (en materia de delito fiscal) u otras agencias administrativas[236] o, de un modo más o menos intenso, el juez instructor[237]. La opción por uno u otro modelo dependerá de múltiples variables y, de hecho, puede ocurrir que en la causa en cuestión se concatenen o se superpongan[238]. Sea como fuere, lo único que interesa resaltar aquí es que, cuanto menos en las investigaciones sobre delincuencia económica, el Ministerio Fiscal dista de ser un actor secundario, tal como ocurría con el decimonónico modelo estrictamente inquisitorio pensado para una criminalidad de distinta envergadura. Esta *praxis*, desde luego, facilita enormemente un buen acomodo de la práctica de los NPAs/DPAs en caso de plantearse finalmente su extrapolación en España. Y es más, diría que la puerta a estos instrumentos procesales quedaría abierta de par en par si llega a buen puerto la futura reforma procesal que pretende otorgar con carácter general al Ministerio Fiscal la dirección de la instrucción (o, siendo más exactos, de las actividades no jurisdiccionales ejercidas en esta fase[239]), tal como ya ocurre desde hace tiempo en otros países cercanos al nuestro (entre otros, Italia o Alemania, por ejemplo[240]).

3.2. La carencia de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal

En España, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la acción penal no está monopolizada por el Ministerio Fiscal. Nuestro sistema legal da cabida a otras partes acusadoras con móviles distintos al control del buen gobierno perseguido por la primera[241]: la acusación particular, que representa a la víctima del delito, y la acusación popular (exclusiva de nuestro sistema)[242], encarnada por cualquier otro agente, sea persona física o jurídica, no ofendido directamente por el hecho antijurídico pero con afán de ejercer acción penal en la causa[243]. Ambas están legitimadas para personarse como partes en los procesos judiciales incoados contra personas jurídicas y, de hecho, es normal que así ocurra[244]. Surge, entonces, la duda de qué papel jugarían exactamente en la causa estas partes y si, en su caso, tendrían disponible algún mecanismo de contradicción así como particularmente el acceso a recursos ante un órgano jurisdiccional en el supuesto de que el caso acabe por dirimirse en un acuerdo suscrito entre el fiscal encargado de la investigación y la empresa. Lo que parece estar claro es que la introducción de los NPAs/DPAs seguramente obligaría a limitar su intervención en este

---

[234] GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 9-10.

[235] Vid. GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 10-12.

[236] Vid. GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 12-13.

[237] Vid. GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 13-14.

[238] GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, p. 14.

[239] FUENTES SORIANO, *Fundación Alternativas*, (16), 2003, p. 23-24.

[240] Vid. GÓMEZ COLOMER, *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, pp. 172 y ss.

[241] NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, p. 57.

[242] NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, pp. 72-73.

[243] Advierte GIMENO SENDRA, *Poder Judicial*, (extra 2), 1988, pp. 47-48 que la existencia de otras partes en el proceso representa un condicionamiento para el principio de oportunidad procesal.

[244] Por ejemplo, en la causa penal seguida contra el Banco Mare Nostrum S.A., a propósito de la comisión de un delito de estafa procesal, falsedad documental y falso testimonio la acusación particular se personó en el proceso judicial (STS 506/2018 de 25 de octubre).

tipo de procesos[245]. No es casual que este problema sea ajeno a otros países del entorno comparado sustentados en sistemas acusatorios puros que han hecho suya, aun con matices, la dinámica estadounidense. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Reino Unido donde en este sentido los DPAs encuentran perfecto acomodo en tanto en cuanto la allí llamada *Crown Prosecution Service* o, en su lugar, la *Serious Fraud Office*, encargada de los casos tanto de fraude como de corrupción graves y/o complejos, preservan un dominio prácticamente absoluto del ejercicio de la acción penal, hasta el punto de que la presencia de particulares en el proceso deviene altamente excepcional[246].

3.3. Los derechos y garantías procesales reconocidos constitucionalmente

Sean cuales sean las ventajas anudadas a un prometedor instrumento procesal, parece indiscutible que su importación no puede resultar ajena a los derechos y garantías reconocidas en el sistema nacional receptor. Que esa buena compenetración ocurra entre los NPAs/DPAs, tal como son concebidos en Estados Unidos, y el sistema español, es algo que, en mi opinión, resulta bastante difícil[247]. Son varios los derechos y garantías constitucionales que podrían verse comprometidos por esta dinámica. Cabe nombrar el principio de igualdad (artículo 1 y 14 CE), por mor de la eventual diversidad de trato dependiente del fiscal de turno encargado de la investigación[248], el de seguridad jurídica en tanto componente esencial del principio de legalidad (artículo 25 CE), dada la incertidumbre experimentada por la empresa ante el posible resultado de la causa y consiguientemente los riesgos a los que hace frente[249], el de publicidad (artículo 24.2 y 120 CE), si es que el caso se resuelve a partir de un acuerdo negociado a puerta cerrada[250], o la separación de poderes propia de un Estado democrático (artículos 1, 66.2, 97 y 117 CE)[251], en la medida en que la capacidad de dirimir el fondo de un asunto cuyo enjuiciamiento le incumbiría propiamente a un juez quedaría en manos de un órgano jerarquizado (artículo 124.2 CE y artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) en el que la cúpula la ocupa alguien, el Fiscal General del Estado, propuesto por el poder ejecutivo (artículo 124.4 CE)[252]. Observamos, pues, que una reproducción exacta de la práctica norteamericana basada en una oportunidad procesal estricta correría el intolerable riesgo de

---

[245] BANACLOCHE PALAO, en: V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 37-38 cree que la no formulación de una imputación o una acusación contra una persona jurídica si ésta asume determinados compromisos con el Ministerio Fiscal obligaría probablemente a limitar la actuación de la acusación popular y particular en la causa.

[246] Para una visión panorámica del sistema acusatorio inglés, vid. DAMIÁN MORENO, «La acusación particular en Inglaterra: The Crown Prosecution Service», *Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, pp. 1-2.

[247] Desde una óptica general, razona qué preceptos constitucionales podría verse comprometidos por mor de la operatividad del principio de oportunidad en España SANTANA VEGA, *ADPCP*, (47-2), 1994, pp. 123 y ss.

[248] Comenta ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 221 que los fiscales son libres de decidir cuándo imponer un *mandate* y qué forma debería tener.

[249] Vid. ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 556-557.

[250] Sobre los problemas de publicidad de los NPAs/DPAs, vid. REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.164-1.165.

[251] La posible vulneración de la separación de poderes por los NPAs/DPAs es, de hecho, un debate aún en boga en el sistema adversarial norteamericano. Vid. REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.118.

[252] Reconozco que con tal de ofrecer una respuesta algo más elaborada sobre esta cuestión haría falta reflexionar con más detenimiento acerca de si el Ministerio Fiscal español representa un órgano independiente o dependiente del Gobierno, extremo éste que excedería los límites de este trabajo. Por ello, remito al lector a los excelentes análisis de GÓMEZ COLOMER, *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, pp. 157-168; FUENTES SORIANO, *Fundación Alternativas*, (16), 2003, pp. 13-20.

quebrantar los pilares más esenciales sobre los que se erige nuestro derecho procesal penal, incompatibilidad ésta que, no obstante, seguramente conseguiría paliarse mediante el empleo de distintas herramientas correctivas[253], algunas de las cuales ya han sido integradas por otros sistemas comparados: publicar unas directrices en esta materia, contemplar un efectivo control judicial, dotar de una mayor transparencia al proceso, etc.

4. Cauces procesales alternativos a la celebración del juicio oral basados en razones de oportunidad ya contemplados en el sistema español

Tras el establecimiento en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hizo falta introducir ciertas normas jurídicas dirigidas a regular sus especialidades procesales, cosa de la que se ocupó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que, entre otras novedades, extendió la institución de la conformidad a esta materia. Tiempo después, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, incorporó con carácter general otro tipo de novedades en materia procesal con el objetivo principal de desobstruir la justicia penal en España y evitar de ese modo inapropiadas dilaciones durante el proceso, pudiéndose nombrar, para nuestros propósitos, el proceso por aceptación de decreto y el sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio sobre delitos leves. Todas estas herramientas procesales, tanto la conformidad como las dos últimas mentadas, representan expresiones bastante claras del principio de oportunidad procesal que interesa examinar debido a su posible encaje con la realidad de las causas penales seguidas contra personas jurídicas, extremo éste que podría plantear la duda de si acaso realmente es necesario barajar la importación de los NPAs/DPAs a España.

No entraré a valorar aquí ni la figura del sobreseimiento libre (artículo 637 Lecrim)[254] ni la del sobreseimiento provisional (artículo 641 Lecrim)[255], instituciones éstas que no conviene

---

[253] Expresa, en términos generales, ARMENTA DEU, «Principio de legalidad vs Principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en PICÓ I JUNOY (dir.), *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, 2013, p. 454: "cuando la oportunidad en lugar de someterse a criterios reglados se conjuga con la admisión de la discrecionalidad, dejando que sea el libre criterio del fiscal y no el del legislador quien determine los casos en que es o no conveniente ejercitar la acción penal, se convierte a la voluntad de aquél en la dueña del proceso penal y de la posibilidad de castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo, pues es susceptible de otro modo de producir el efecto corruptor del proceso, no sólo por contagiar al mismo de los errores de valorización del fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espurias motivaciones de oportunidad no jurídica sino política".

[254] El sobreseimiento libre autoriza al juez, bajo determinadas circunstancias, a archivar definitivamente la causa penal mediante un auto con efecto de cosa juzgada. De todos los presupuestos tasados legalmente por los que podría acordarse, entiende NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 59 que el que mejor casaría en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica es aquel relativo a que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores (artículo 637.3º Lecrim). Con ello, las organizaciones que hayan alcanzado los niveles de diligencia requeridos en el artículo 31 bis CP podrían evitar la continuación del proceso, mas no, en cambio, aquellas otras que, pese no haber superado estos umbrales, hayan confesado el delito o colaborado con las autoridades, factores estos que, aisladamente considerados, sólo operarían como atenuantes de responsabilidad penal (artículo 31 quater CP). Ahora bien, siguiendo a NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, p. 213., NEIRA PENA matiza que para que el presupuesto del artículo 637.3º Lecrim rija como causa de sobreseimiento haría falta que la causa de exención apareciese al final de la fase de instrucción como indubitada y, por tanto, fuesen innecesarias ulteriores comprobaciones. De lo contrario, esto es, en caso de existir dudas sobre su apreciación, la circunstancia de exención debería ser objeto de enjuiciamiento en fase de juicio oral.

[255] El sobreseimiento provisional consiste en una resolución judicial en virtud de la cual el juez cierra temporalmente el proceso procesal, pudiendo, sin embargo, reabrirse hasta el momento en que el delito prescriba en caso de apreciarse nuevas pruebas o indicios. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, pp. 244-245 entiende que la segunda de las razones legales por las que cabe decretarlo, a saber, la inexistencia de motivos para

confundir con los NPAs/DPAs al ser radicalmente distintas. Y ello por un par de razones. En primer lugar, el sobreseimiento libre o provisional no acarrea una declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica investigada dado el archivo definitivo o temporal de la causa, respectivamente. En cambio, para conceder un NPA/DPA la fiscalía sí que exige una aceptación por la empresa de los hechos investigados aunque sin declarar formalmente su culpabilidad. Bien mirado, el sobreseimiento guarda relación *mutatis mutandi* con la *declination*, en virtud de la cual, el DOJ deja por escrito formal y públicamente su intención de omitir perseguir a aquella corporación que satisface una serie de presupuestos previamente negociados (cooperar con las autoridades durante la investigación o reparar los daños provocados por el ilícito penal, por ejemplo) pero sin reclamarle, para ello, que admita su responsabilidad[256]. En segundo lugar, las razones tasadas legalmente con arreglo a las cuales el sobreseimiento libre o provisional puede ser acordado judicialmente nada tienen que ver con cuestiones de oportunidad procesal, como ocurre, por el contrario, con los NPAs/DPAs, que presuponen la existencia de responsabilidad por parte de la empresa en relación con un concreto ilícito penal. Mientras que el sobreseimiento libre es dictado allá donde no concurran indicios racionales de criminalidad, el hecho no sea delictivo o el investigado aparezca exento de responsabilidad penal, el sobreseimiento provisional hace lo propio cuando no existan suficientes evidencias del hecho delictivo o de la responsabilidad del investigado.

4.1. La conformidad (artículo 787.8 Lecrim)

Contemplada desde el año 2011 para las personas jurídicas, la institución de la conformidad permite, sin mediar límite objetivo alguno[257] e independientemente de la posición adoptada por el resto de acusados, que el representante especialmente designado de la entidad[258], tras una negociación previa, asuma aquella pena solicitada por la acusación[259], una que, en principio, debería ser menor a la que vendría ser requerida en caso de seguirse adelante con el procedimiento[260]. Llegados a este punto, el juez, siempre y cuando concluya que la calificación aceptada es correcta y que la pena resulta procedente conforme a dicha calificación, dicta una sentencia de conformidad. De este modo, en la medida en que se da por finalizado el procedimiento de forma anticipada, consiguen evitarse los costes y la lentitud que el

---

acusar al investigado como autor, cómplice o encubridor (artículo 641.2º Lecrim), podría llegar a operar con las personas jurídicas, siempre y cuando se entienda que éstas no cometen delitos (modelo de la heteroresponsabilidad) y que al atribuírsele responsabilidad no se les está imputando un hecho antijurídico. No obstante, como la propia autora reconoce, esta interpretación resulta un tanto forzada, e implicaría, además, que ninguna empresa pudiese llegar a juicio oral en tanto que lo cuestionado no serían tanto las diligencias practicadas en la causa particular como la propia naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo cual, su capacidad de rendimiento sería muy limitada.

[256] Vid. McMahon, «Defining Declinations: A New Enforcement Action», *The Global Anticorruption Blog*, 2018, pp. 1-2.

[257] Para las personas físicas la institución de la conformidad sólo cabe allá donde la pena exigida sea inferior a los seis años de prisión (artículo 655 Lecrim para el procedimiento ordinario y artículo 787.1 Lecrim para el abreviado). Nada se dice, en cambio, en el artículo 787.8 Lecrim, por lo que, adoptando una interpretación a favor del reo, cabría sostener que en las causas penales seguidas contra personas jurídica no existe límite objetivo alguno, de tal forma que la posibilidad de llegar a un acuerdo conformidad estaría permitida sea cual sea el tipo de pena solicitada. Así lo cree Banacloche Palao, en Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 579.

[258] A esta figura ya se refieren los artículos 119 y 120 Lecrim a la hora de abordar la cuestión de la imputación de la persona jurídica y nuevamente el artículo 786 bis Lecrim en lo tocante al ejercicio del derecho de defensa.

[259] Para ello, es preciso que el representante de la persona jurídica cuente con un poder especial para llegar a un acuerdo de conformidad que le deberá haber sido concedido por los órganos internos de la corporación. Cfr. Banacloche Palao, en Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 578.

[260] Más discutible es que mediante la conformidad también se produzca una admisión de la responsabilidad frente a los hechos, distinta a la mera aceptación de la pena acordada. A este respecto, vid. Nieva Fenoll, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, pp. 216-222.

enjuiciamiento normalmente comporta en pos de una buena economía procesal[261]. Pero, en tanto en cuanto la conformidad debe ser ratificada ante el juez o tribunal enjuiciador y acarrea una auténtica condena penal[262], las organizaciones siguen afrontando el riesgo tanto de ser excluidas de la contratación con el sector público – consecuencia colateral ésta que en España, al menos por el momento, no admite excepción alguna por razón de haber confesado el delito, haber ofrecido colaboración empresarial durante la investigación o haber materializado otra clase de factores enjuiciados positivos (artículo 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)[263] – como de sufrir costes reputacionales – siempre que, con arreglo a las consideraciones hechas en el Apartado 2.1 a., existan motivos para prever que pueden llegar a darse[264] –. Aparte, el problema de la opacidad de las negociaciones entre el Ministerio Fiscal y la empresa investigada continúa en pie[265]. Y, lo que es aún más preocupante, se corre un peligro real de que el sistema de justicia penal olvide a las personas físicas responsables del delito dado el temprano cierre de la causa a propósito de la prestación de conformidad por parte de la corporación.

4.2. El proceso por aceptación de decreto (artículos 803 bis a y ss.)

El proceso por aceptación de decreto (o monitorio penal) fue incorporado con el afán de acelerar la justicia penal y descongestionar los órganos jurisdiccionales frente a la resolución de hechos delictivos de escasa gravedad[266]. Su funcionamiento es relativamente sencillo. El Ministerio Fiscal, en cualquier momento desde el inicio de las diligencias hasta la finalización de la etapa sumarial, remite al juez instructor un decreto con una propuesta de imposición de pena y éste, tras revisar que los presupuestos legales de aplicabilidad de este procedimiento se cumplen, lo notifica al investigado con tal de que comparezca y manifieste su aceptación o rechazo. Si omite comparecer o comparece pero expresa su rechazo total o parcial, entonces, el decreto queda sin efecto. En cambio, de ser aceptado, el juez dicta sentencia condenatoria en los términos acordados.

Mediante este procedimiento se logran, como en la conformidad, unas mayores dosis de celeridad en la finalización de la causa así como un ahorro de costes con la garantía de que el decreto remitido por el Ministerio Fiscal es revisado judicialmente. No obstante, subyace todavía el problema del sufrimiento de consecuencias colaterales, dada la sentencia

---

[261] En este sentido, NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 85; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, p. 243.

[262] Opina BANACLOCHE PALAO, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 576 que aunque existe una cierta relación entre el ejercicio del principio de oportunidad y el instituto de la conformidad en lo que se refiere a su fundamento (la economía procesal) no cabe decir lo mismo respecto a su finalidad, puesto que en los casos de conformidad hay sentencia y hay condena.

[263] No se pasa por alto que entre las "penas" interdictivas (artículo 33.7 b-g) CP) que el juez puede tener a bien imponer se encuentra la inhabilitación para contratar con el sector público (artículo 33.7 f) CP). Sin embargo, aquí estoy presumiendo que el juez ha omitido establecer esa "pena" pero, fruto de su condena judicial, colateralmente y por vía administrativa la persona jurídica sigue afrontando problemas para vincularse comercialmente con la Administración Pública.

[264] En este sentido, NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 85.

[265] Así lo destaca NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 85. En general, se refiere al problema de la falta de transparencia y regulación del proceso de negociación de los acuerdos de conformidad que el acusado alcanza con la fiscalía RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, 1997, p. 93.

[266] Sobra la naturaleza del proceso por aceptación de decreto, vid. ALONSO SALGADO, «Reflexiones en torno al proceso por aceptación por decreto», *Revista General de Derecho Procesal versión digital*, (40), 2016, pp. 1-4.

condenatoria dictada al término del proceso, así como el posible olvido de las personas físicas implicadas en el delito una vez aceptada la propuesta de imposición de pena, sin contar las numerosas críticas que la doctrina procesalista ya ha tenido ocasión de dirigir a esta institución de nuevo cuño (su solapamiento con el régimen de conformidad y enjuiciamiento rápido, el fomento de una adhesión en lugar de una auténtica negociación con el Ministerio Fiscal, el inexistente papel de la víctima en el proceso, etc.)[267]. En cualquier caso, la aplicabilidad del proceso por aceptación de decreto en la causas penales seguidas contra personas jurídicas se antoja un tanto difícil[268] a la vista de los presupuestos cumulativos necesarios para su procedencia. Particularmente pienso en dos de los tres requeridos. En primer lugar, la exigencia de que "el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores" (artículo 803 bis a. 1º Lecrim), lo que implica que el proceso por aceptación de decreto no resulte apreciable si entre las "penas" solicitadas se encuentran otras distintas a la multa, como la disolución o la intervención judicial, a pesar de que éstas, a la vista de los requisitos del artículo 66 bis CP, muchas veces no podrán pedirse. Y en segundo lugar, la condición de "que no esté personada acusación popular o particular en la causa" (artículo 803 bis a. 3º Lecrim), cosa que en los procedimientos penales contra personas jurídicas es posible que llegue a ocurrir.

4.3. El sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio de delitos leves (artículo 963.1.1º Lecrim)

Tras la supresión en el año 2015 de las faltas en el Código Penal y la conversión de algunas de ellas en delitos leves surgió la necesidad de adaptar las disposiciones procesales, concretamente los artículos 962 y ss., Lecrim, a esta nueva realidad. Lo interesante es que fue a propósito de esta reforma que el legislador español tuvo a bien introducir de manera novedosa la posibilidad de sobreseer por una razón de oportunidad la causa que dio lugar al procedimiento para el juicio de delitos leves (antiguo juicio de faltas) de la mano del artículo 963.1.1º Lecrim. De la lectura de este precepto se extrae claramente que para que proceda el sobreseimiento, que ha de ser expresamente solicitado por el Ministerio Fiscal, es preciso que se esté ante delitos leves de muy escasa gravedad (crímenes de bagatela) a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor, y que, además, no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, extremo éste que en los delitos leves patrimoniales viene concretado en la reparación del daño y en la inexistencia de denuncia por el ofendido[269]. De ser finalmente acordado, entonces, el juez instructor notifica el sobreseimiento a los ofendidos por el delito pudiendo estos recurrir la decisión.

La limitación más obvia de este tipo de sobreseimiento dictado por razones de oportunidad procesal, con el consiguiente archivo de la causa, es que para poder operar resulta necesario

---

[267] Vid. ALONSO SALGADO, *Revista General de Derecho Procesal versión digital*, (40), 2016, pp. 8 y ss.; MAESTRE DELGADO, «El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado», *La Ley Penal*, (7520), 2015, pp. 1 y ss.

[268] Así lo cree NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, pp. 86-88.

[269] Explica GIMENO SENDRA, *Diario La Ley*, (8746), 2016, p. 7 que por "denuncia" habría que entender solamente la formulada ante el juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, no ante la policía judicial, dada la drástica reducción de este precepto que se produciría en este último caso, y que allá donde la ley dice "perjudicado" (letra b) de la regla 1ª del artículo 963.1.1º Lecrim) hay que entender ofendido pues sólo éste es titular de la acción penal.

que se haya producido la comisión de un delito leve conforme a los parámetros establecidos en los artículos 13.3 CP y 33.4 CP y que, además, dicho delito sea de muy escasa gravedad. A la vista de la clase de ilícitos penales por los que la persona jurídica puede ser responsabilizada, cuesta mucho imaginar que ese presupuesto llegue a superarse. A lo sumo, el único tipo delictivo que, hasta donde alcanzo a ver, cabría barajar es el delito de estafa cuya cantidad, para poder ser considerado leve, debería ser inferior a los 400 euros (artículo 249 CP). Lo que ocurre es que, conforme a lo dispuesto por el artículo 963.1.1º Lecrim, hace falta que la víctima no haya interpuesto denuncia alguna, lo cual no puede descartarse en delitos como el señalado. En definitiva, la operatividad de la institución examinada en las causas penales seguidas contra personas jurídicas cabría tildarla de tremendamente residual por no decir prácticamente anecdótica.

5. Balance final

Importar indiscriminadamente una mecánica gestada en un sistema legal distinto del español tiende a traer problemas que luego, si cabe, son tremendamente difíciles de solventar[270]. Antes de optar por mimetizar un modelo ajeno a una cultura jurídica es preciso ponderar sus ventajas e inconvenientes, comprobar cualquier dificultad de compatibilización con el ordenamiento jurídico receptor y examinar la capacidad de rendimiento de otras herramientas debidamente consolidadas en el sistema nacional que tal vez ofrezcan ya una buena salida. El presente artículo ha intentado aportar un granito de arena a esa necesaria reflexión que inexorablemente debe preceder a la decisión acerca de si trasladar o no a España el principio de oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas de la mano de los NPAs/DPAs originados en Estados Unidos. Tras el estudio efectuado, las conclusiones alcanzadas son las siguientes:

(a) Una fiel reproducción del sistema estadounidense seguramente arroje concretas ventajas, como podrían ser la neutralización del riesgo de exclusión de la empresa investigada para ser contratada por la Administración pública – mas no, de forma tan tajante, el posible coste reputacional a experimentar – así como la consecución de una mayor agilización procesal al menor coste posible precisamente por omitir celebrar juicios orales y fomentar la colaboración empresarial. Sin embargo, a buen seguro una tal mimetización podría acabar por desencadenar inconvenientes tremendamente perversos que, sin duda alguna, hace falta sortear, siendo algunos de los más preocupantes la amplia discrecionalidad reconocida a la fiscalía, con toda la mala *praxis* que ello ha generado en Estados Unidos, y la falta de persecución de los responsables individuales, lo que acabaría por reducir el coste percibido del delito en perjuicio de una buena prevención de la delincuencia económica[271]. A lo sumo, si el legislador español

[270] Sin ir más lejos, el legislador penal español, en lugar de llenar de contenido propio al artículo 31 bis CP, optó por reproducir literalmente lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo italiano 231. Esta *praxis* tan errática ha provocado luego auténticos quebraderos de cabeza entre los penalistas. Por dar un ejemplo, no queda nada claro si el "órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control" cuya presencia el artículo 31 bis. 2 CP reclama como presupuesto necesario, aunque no suficiente, para conceder la exención penal a la persona jurídica por aquellos delitos cometidos por los llamados *apicali* (primera vía de imputación) se corresponde con el *compliance officer* de origen norteamericano o bien con otro organismo distinto gestado en la cultura de gobernanza italiana denominado *Organismo di Vigilanza*. Sobre esta discusión, vid. TURIENZO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal del compliance officer* 2020, pp. 37 y ss.

[271] Creen que no conviene trasladar indiscriminadamente la práctica de los NPAs/DPAs a España NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, pp. 94-102; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, p. 256.

comienza a plantearse que los NPAs/DPAs pueden llegar a representar un buen aliado frente al fenómeno de la delincuencia de empresa, su mejor baza sería aprender de los errores en los que ha incurrido Estados Unidos a fin de evitar repetirlos e introducir, para ello, algunas herramientas correctivas (publicar unas directrices en esta materia o contemplar un efectivo control judicial, por ejemplo), como han hecho otros países del entorno comparado, así como promover su uso selectivo. Aun cuando se proceda del modo descrito, quedaría afrontar todavía el gran reto de ofrecer una solvente respuesta a las diversas críticas a las que se han visto sometidas algunas condiciones propias de los NPAs/DPAs, tales como los déficits que subyacen al emprendimiento de reformas estructurales, e incluso esta práctica en sí misma considerada, como la erosión del sistema de justicia penal.

(b) Poco importa que los NPAs/DPAs sean enjuiciados como más o menos ventajosos o que sean configurados en uno u otro sentido si luego las características del sistema procesal receptor difícilmente permiten su pacífica integración en la *praxis*. En el caso del sistema español ya vimos que el papel jugado por el Ministerio Fiscal, cuanto menos en las investigaciones sobre delitos económicos, ha sido cada vez más preeminente, sin perjuicio de que su intervención sea modulable en función del tipo de régimen de investigación que se refleje en la causa concreta. Por ello, al menos en este aspecto, no existirían significativas dificultades de acomodo de los NPAs/DPAs en caso de llegar a extrapolarse, especialmente si la cesión de la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal acaba por plasmarse en una futura reforma de la legislación procesal. Aun así, todavía quedarían por superar dos problemas de compatibilidad nada insignificantes: la carencia de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, de un lado, y los derechos y garantías procesales reconocidos constitucionalmente, de otro. Cada uno de estos trascendentes obstáculos, de querer ser convenientemente superados, demandaría de una meditada solución individualizada. En estas páginas he sugerido algunas posibles salidas cuya introducción reclamaría de una reflexión más pausada que la que aquí puede ofrecerse. Mientras que para el primero de los óbices señalados convendría barajar la introducción de mecanismos que amparen las pretensiones tanto de la acusación particular como popular y que doten a estas partes de una facultad de contradicción frente a los acuerdos alcanzados entre empresa y fiscalía, para el segundo deberían establecerse herramientas correctivas que permitan evitar eventuales infracciones de derechos y garantías constitucionales como, por ejemplo, publicar unas directrices sobre los extremos puntales de los NPAs/DPAs, prever un efectivo control judicial o dotar al proceso de la debida transparencia.

(c) El ordenamiento jurídico español cuenta con diversos cauces procesales alternativos al tradicional juicio oral basados en razones de oportunidad cuyo uso seguramente permitiría cuestionarse si acaso el debate sobre la importación de la práctica de los NPAs/DPAs resulta en vano por carecer de una razón de necesidad práctica. Concretamente me refiero a la conformidad, el proceso por aceptación de decreto y el sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio sobre delitos leves. Ocurre, con todo, que cada uno de estos instrumentos procesales presenta algún tipo de limitación que dificulta, en mayor o menor medida, su completo acomodo a la realidad de las causas penales seguidas contra personas jurídicas, de modo que todavía existirían motivos para seguir discutiendo acerca de la introducción en España de mecanismos como los NPAs/DPAs.

6. Bibliografía

ALEXANDER/ARLEN (2018), «Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, pp. 87-147.

ALEXANDER/COHEN (2015), «The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective of Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements», *American Criminal Law Review*, (52-3), pp. 537-593.

ALONSO SALGADO (2016), «Reflexiones en torno al proceso por aceptación por decreto», *Revista General de Derecho Procesal versión digital*, (40), pp. 1-19.

AMULIC (2017), «Humanizing the Corporation While Deshumanizing the Individual: The Misuse of Deferred-Prosecution Agreements in the United States», *Michigan Law Review*, (116), pp. 123-154.

ARLEN (2019), «The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), pp. 1-32.

——— (2017), «Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops», *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), pp. 1-18.

——— (2016), «Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements», *Journal of Legal Analysis*, (8-1), pp. 191-234.

——— (2012), «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, pp. 144-203.

——— (2011), «Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 62-86.

ARLEN/BUELL (2020), «The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement», *NYU School of Law Public Law Research Paper*,(19-43), pp. 1-63.

ARLEN/KAHAN (2017), «Corporate Governance Regulation through Nonprosecution», *University of Chicago Law Review*, (84-1), pp. 323-387.

ARLEN/KRAAKMAN (1997), «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», *New York University Law Review*, (72-4), pp. 687-779.

ARMENTA DEU (2013), «Principio de legalidad vs Principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en PICÓ I JUNOY (dir.), *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 441-455.

——————— (2002), «El fiscal instructor, ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho público*, (16), pp. 191-222.

ARMOUR et al. (2020), «Board Compliance», *Minnesota Law Review*, (104), pp. 1.191-1.273.

AVIRAM (2005), «In Defense of Imperfect Compliance Programs», *Florida State University Law Review*, (32-2), pp. 763-780.

BAER (2018), «When the Corporate Investigate Itself», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, pp. 308-333.

BANACLOCHE PALAO (2019), «El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (*Compliance Programs*)», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 551-582.

——————— (2018), «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, pp. 13-40.

BARKOW/CIPOLLA (2013), «Increased Judicial Scrutiny of Deferred Prosecution Agreements», *New York Law Journal*, pp. 1-3. Disponible en: https://jenner.com/system/assets/publications/12185/original/NYLJ_Barkow_Cipolla_082013.pdf?1377091935 (visitado el 15/03/2020).

BÖSE (2014), «Strafbarkeit juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (126-1), pp. 132-165.

BOUFFARD/MUFTIC (2007), «The Effectiveness of Community Service Sentences Compared to Traditional Fines for Low-Level Offenders», *The Prison Journal*, (87-2), pp. 171-194.

BROWN (2004), «The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), pp. 521-549.

BUELL (2007), «Criminal Procedure Within the Firm», *Stanford Law Review*, (59-6), pp. 1.613-1.670.

BUSEKIST/UHLIG (2016), «Third Party Compliance», en HAUSCHKA et al. (dirs.), *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3ª ed., C.H. Beck, München, pp. 1.128-1.151.

CIGÜELA SOLA (2019), «La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS (dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas,* Thomson Reuters, Navarra, pp. 717-747.

——— (2015), *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa,* Marcial Pons, Madrid.

COFFEE (2005), «Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?», *National Law Journal*, pp. 1-2. Disponible en: https://www.law.com/nationallawjournal/almID/900005433400/Deferred-prosecution-Has-it-gone-too-far/ (visitado el día 21/02/2020).

——— (1981), «No Soul to Damn: No Body to Kick? An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (79-3), pp. 386-459.

——— (1980), "Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction», *Northern Illinois Law Review*, (1-3), pp. 3-35.

——— (1979-1980), «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *American Criminal Law Review*, (17), pp. 419-476.

COPELAND (2015), «The Yates Memo: Looking for 'Individual Accountability' in All the Wrong Places», *Iowa Law Review*, (102), pp. 1.897-1.927.

CUNNINGHAM (2014), «Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform», *Florida Law Review*, (66-1), pp. 1-85.

DAMIÁN MORENO (2019), «La acusación particular en Inglaterra: The Crown Prosecution Service», *Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 1-2. Disponible en: https://www.blog.fder.uam.es/2019/06/12/la-acusacion-publica-en-inglaterra-the-crown-prosecution-service/ (visitado el día 03/03/2020).

DIAMANTIS/LAUFER (2019), «Prosecution and Punishment of Corporate Criminality», *Annual Review of Law and Social Science*, (51), pp. 453-472.

DÍEZ RIPOLLÉS (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, (1), pp. 1-32.

DOPICO GÓMEZ ALLER (2010), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 11-38.

——— (2009), «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios? », *Legal Today*, p. 1. Disponible en: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios (visitado el día 15/03/2020).

ELIASON (2008), «We Need to Indict Them. Deferred Prosecution Agreements Won't Deter Enough Crime», *Legal Times*, (31-38), pp. 1-2.

EPSTEIN (2011), «Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 38-61.

——— (2006), «The Deferred Prosecution Racket», *The Wall Street Journal*, pp. 1-2. Disponible en: https://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160 (visitado el día 18/02/2020).

FEIJOO SÁNCHEZ (2016), «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ et at., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 273-311.

——— (2011), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas, Madrid, pp. 65-142.

FORD/HESS (2009), «Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?», *The Journal of Corporation Law*, (34-3), pp. 679-737.

FRISCH (2013), «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», en ZÖLLER et al., (dirs.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humboldt, Berlin, pp. 349-373.

FROMM (2007), «Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 279-291.

FUENTES SORIANO (2003), «El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma», *Fundación Alternativas*, (16), pp. 1-40.

GARRETT (2020), «Declining Corporate Prosecutions», *American Criminal Law Review*, (57-1), pp. 109-156.

——— (2016 a), «Why Plea Bargains Are Not Confessions», *William & Mary Law Review*, (57-4), pp. 1.415-1.444.

——— (2016 b), «The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions», *Virgina Law Review*, (101-19), pp. 60-72.

——— (2014), *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, Massachusets.

——— (2011), «Globalized Corporate Prosecutions», *Virgina Law Review*, (97-8), pp. 1.775-1.875.

——— (2007), «Structural Reform Prosecutions», *Virgina Law Review*, (93-4), pp. 853-957.

GETHARD (2019), «Falling Giant: A Case Study of AIG», *Investopedia*, pp. 1-2. Disponible en: https://www.investopedia.com/articles/economics/09/american-investment-group-aig-bailout.asp (visitado el día 07/03/2020).

GIMENO BEVIÁ (2017), «Los acuerdos con la persona jurídica como alternativa al proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 47-70.

GIMENO SENDRA (2016), «El principio de oportunidad y el M.F.», *Diario La Ley*, (8746), pp. 1-13.

——— (2006), «La reforma de la Lecrim y la posición del M.F. en la investigación penal», en GIMENO SENDRA (dir.), *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción*, Iustel, Madrid, pp. 23-47.

——— (1988), «Los procedimientos penales simplificados. (Principio de 'oportunidad' y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, (extra 2), pp. 31-52.

GOENA VIVES (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona.

GÓMEZ COLOMER (2018), «La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?», *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), pp. 157-184.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016), «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 221-249.

GÓMEZ MARTÍN (2017), «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, pp. 247-284.

——— (2014), «*Compliance* y derecho de los trabajadores», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 421-458.

GÓNZALEZ-CANO/ROMERO PRADAS (1989), «El principio de oportunidad reglada», en V.V.A.A., *La reforma del procesal penal*, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 707-720.

GONZÁLEZ GRANDA (2019), «El derecho fundamental a la libertad de empresa y *compliance* penal», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 895-937.

GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN (2016), «La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx», *Diario la Ley*, (8768), pp. 1-21.

GRACIA MARTIN (2016), «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (18-05), pp. 1-95.

GRIFFIN (2011), «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 110-131.

HARRISON (2017), «Monitorships and Deferred Prosecution Agreements: History, Process and Recent Trends», en WEIL et al., (dirs.), *Litigation Services Handbook. The Role of the Financial Expert*, 6ª ed., Wiley, New Jersey, pp. 1-35.

HENNING (2009), «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), pp. 1.417-1.436.

JAKOBS (2002), «Strafbarkeit juristischer Personen?», en PRITTWITZ (dir.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, Nomos, pp. 559-575.

KHANNA (2011), «Reforming the Corporate Monitor?», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 226-248.

KHANNA/DICKINSON (2007), «The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?», *Michigan Law Review*, (105-8), pp. 1.713-1.756.

KRAWIEC (2003), «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», *Washington University Law Review*, (81-2), pp. 487-544.

MCMAHON (2018), «Defining Declinations: A New Enforcement Action», *The Global Anticorruption Blog*, pp. 1-2. Disponible en: https://globalanticorruptionblog.com/2018/06/25/defining-declinations-a-new-enforcement-action/ (visitado el día 30/03/2020).

MAESTRE DELGADO (2015), «El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado», *La Ley Penal*, (7520), pp. 1 y ss.

MARKOFF (2013), «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), pp. 797-842.

MARTÍN PASTOR (2012), «Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTIN et al., (dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, Universidade da Coruña, A Coruña, pp. 557-579.

MILLER (2019), *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3ª ed., Wolters Kluwer, New York.

——— (2018 a), «The Compliance Function: An Overview», en GORDON/RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance,* Oxford University Press, Oxford, pp. 981-1.000.

——— (2018 b), «An Economic Analysis of Effective Compliance Programs», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, pp. 247-262.

MIR PUIG (2014), «Las nuevas 'penas' para personas jurídicas: una clase de 'penas' sin culpabilidad», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 3-14.

NEIRA PENA (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

NIETO MARTÍN (2015), «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231-270.

NIEVA FENOLL (2012), *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2016), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales", en V.V.A.A., *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 165-200.

——— (2014), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», en MIR PUIG et a., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 35-88.

——— (2004), «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de derecho penal y criminología*, (extraordinario 2), pp. 31-73.

ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA (2019), «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en E.E.U.U.», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1.501-1.542.

PAULSEN (2007), «Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements», *New York City Law Review*, (82-5), pp. 1.434-1.469.

RAKOFF (2014), «The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?», *The New York Review of Books*, pp. 1-2. Disponible en: https://www.nybooks.com/articles/2014/01/09/financial-crisis-why-no-executive-prosecutions/ (visitado el día 19/02/2020).

REILLY (2018), «Sweetheart Deals, Deferred Prosecution and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected in Many Fronts», *Arizona State Law Journal*, (50), pp. 1.113-1.170.

ROBINSON (2012), *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (Traducc., CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS (2011), «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario la Ley*, (7705), pp. 1-40.

RODRÍGUEZ GARCÍA (1997), *El consenso en el proceso penal español*, J.M. Bosch, Barcelona.

ROOT (2017), «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (85-5), pp. 2.227-2.247.

——————— (2014), «The Monitor-'Client' Relationship», *Virgina Law Review*, (100), pp. 523-585.

SORKIN (2009), *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System from Crisis — and Themselves*, Viking Press, New York.

SANTANA VEGA (1994), «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47-2), pp. 105-136.

SCHLÖSSER (2006), «Vertraglich vereinbarte Integritätsklauseln und strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung», *Wistra*, (12), pp. 446-452.

SCHÜNEMANN (2008), «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsstrafrecht?», en SIEBER (dir.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Karl Heymann, Köln, pp. 429-447.

SENKO (2009), «Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), págs. 163-194.

SILVA SÁNCHEZ (2016), *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid.

——————— (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (65), pp. 7-36.

——————— (1996), «Eficiencia y derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (49-1), pp. 93-128.

TARUFFO (2013), «La verdad en el proceso», *Derecho & Sociedad*, (40), pp. 239-248.

TOMBS/WHYTE (2015), *The Corporate Criminal. Why Corporations Must Be Abolished*, Routledge, London and New York.

TURIENZO FERNÁNDEZ (2020), *La responsabilidad penal del compliance officer*, Inédito.

UHLMANN (2013), «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (27), pp. 1.295-1.344.

InDret
2.2020

Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso*

Juan José Ganuza
Universitat Pompeu Fabra
juanjo.ganuza@upf.edu

Fernando Gómez Pomar
Universitat Pompeu Fabra
fernando.gomez@upf.edu

Sumario

El trabajo presenta un primer análisis de los instrumentos de intervención sobre los contratos en relación con la perturbación provocada por la pandemia del COVID-19. Se identifica el problema más acuciante sobre el conjunto de las relaciones contractuales en vigor: la grave y aguda dificultad de liquidez para los agentes económicos, consumidores y también para empresas de todo tipo y en cualquier posición en la cadena contractual. Señalamos cuáles son a nuestro juicio los principales criterios para entender y diseñar la intervención sobre los contratos en tiempos de emergencia: (I) el carácter sistémico e inmediato de las medidas que procede adoptar; (II) la importancia de medidas simples de intervención, minimizando requisitos ex ante y costes de transacción; (III) la extraordinaria importancia de cortar desde el inicio una espiral de impagos que puede contagiar toda la economía; (IV) la perspectiva de los contratos como activos valiosos que debemos preservar y las medidas de intervención más prudentes para conseguirlo; (V) cómo las relaciones contractuales "a medida", en ámbitos como el M&A y los contratos de financiación cuentan con sus propios mecanismos de ajuste; (VI) las vías de preservación de la competencia en el diseño de las intervenciones sobre los mercados.

Abstract

The paper provides a first analysis of the legal instruments to regulate existing contracts in the wake of the turmoil resulting from the COVID-19 pandemic. We identify the acute and serious liquidity concern of virtually all agents along the contractual chain as the most pressing problem. We then introduce some of the main criteria to understand and design response measures in times of emergency: (i) the systemic and urgent character of response measures; (ii) keeping things simple, minimizing ex ante controls and transaction costs; (iii) the urgency of preventing a chain reaction of defaults along contractual networks and the economy at large; (iv) the relational value of existing contracts and how to preserve it; (v) how tailor-made agreements in M&A and finance have means to cope with the impact of the emergency; (vi) means of preserving competition in future interventions on markets..

Title: *Altering Contracts in the times of COVID-19: A User's Guide*

Palabras clave: Contratos, COVID-19, medidas de emergencia, problemas de liquidez, preservación del contrato
Keywords: *Contracts, COVID-19, emergency measures, liquidity problems, preserving value of contracts*

* Agradecemos sinceramente los comentarios y sugerencias de Pablo Salvador Coderch, Cándido Paz-Ares Rodríguez, María Paz García Rubio, Gabriel Doménech Pascual, Carles Vendrell Cervantes y Carlos Gómez Ligüerre.

La emergencia sanitaria asociada al COVID-19 presiona contra las cuadernas de nuestra vida familiar, social y económica. También sobre la capacidad de resistencia de los contratos y la solidez y sensatez del derecho que los gobierna.

De forma explicable, el duro impacto económico de muchas de las medidas adoptadas para combatir la expansión del contagio y dar margen de maniobra al sistema sanitario, junto a las perspectivas sombrías de la recesión económica que se avecina, incentiva a los agentes económicos a pensar en cómo amortiguar las pérdidas sufridas o temidas. Una alternativa socorrida puede consistir en ensayar vías de trasladar -o de compartir, si se prefiere- las pérdidas actuales o esperadas sobre las contrapartes en las relaciones contractuales existentes.

Diversas vías de intervención sobre los contratos en vigor se ofrecen o se consideran en medio de nuestro amargo presente, que se revela en una llamativa alteración de la normalidad ciudadana y un incierto porvenir bajo la amenaza general y grave de deterioro en nuestro bienestar económico y social. En este breve trabajo nos proponemos ofrecer algunas indicaciones acerca de cómo abordar adecuadamente el uso de los instrumentos que se pueden desplegar para minimizar el impacto negativo de la situación de emergencia de salud pública sobre el funcionamiento de los contratos. Nuestra guía de uso se basa en criterios que creemos bien contrastados jurídica y económicamente y que, además, tratamos de confirmar a la luz de la experiencia de lo que en España y otros países de nuestro entorno se ha acometido para afrontar las consecuencias del COVID-19 en el terreno contractual.

Nuestra propuesta se compone de un corto número de ideas para afrontar una crisis que, en el corto plazo, supone en esencia un agudo y grave problema de liquidez para los agentes económicos, consumidores y también empresas de todo tipo y en todas las posiciones de la cadena contractual. Por usar terminología contable, un extraordinario y repentino impacto negativo sobre la caja. Organizamos nuestra exposición en torno a ese reducido núcleo de criterios relevantes a nuestro juicio: (I) el carácter sistémico y de urgencia de las medidas que deben adoptarse; (II) la preferencia por una intervención simple, que minimice los requisitos ex ante y los costes de transacción; (III) la extraordinaria importancia de segar de raíz una espiral de impagos que puede llegar a contagiar toda la economía; (IV) la convicción de que los contratos son activos valiosos que debemos preservar y la relevancia de fijarse en las medidas más adecuadas para ello; (V) la existencia de contratos "a medida", que cuentan con sus propios mecanismos de ajuste en los que, creemos, no hay razones de peso para desconfiar; (VI) el papel de la competencia en el diseño de las intervenciones sobre los mercados. Finalmente, concluimos con una llamada -optimista- a pensar cómo los contratos pueden servir a la recuperación que necesitaremos.

Aunque una buena parte de las cuestiones que consideramos aquí serían trasladables también al contrato de trabajo, dadas sus importantes singularidades jurídicas y regulatorias, que difieren, además, de forma muy importante entre países, aun cercanos por otros motivos, dejamos fuera de nuestro campo de atención el ámbito del contrato laboral. Tampoco analizamos la importante vertiente concursal que sin duda tendrán las repercusiones de la emergencia sobre la solidez financiera de las empresas españolas.

1. Para un problema macro y apremiante se necesitan respuestas macro y urgentes

La primera idea tiene que ver con la adecuación entre medios y fines. Para un problema sistémico y acuciante, apliquemos medidas sistémicas y urgentes. No medidas con efecto retardado y con el foco puesto en las características individuales de la relación contractual. Es tiempo del Derecho de la macroeconomía[1], no de la micro.

Parece indudable que la pandemia, las medidas para combatirla y las consecuencias económicas de las mismas tienen carácter general, sistémico e inmediato. Por expresarlo en términos económicos, suponen un shock macro con efecto comprobado en el cortísimo plazo. Es un impacto de carácter súbito en el entramado contractual y económico de los países más golpeados por la emergencia -el nuestro entre ellos-. Es verdad que algunos sectores, actividades y personas van a percibir, al menos en los tiempos más próximos, un impacto nada más que ligero, un simple arañazo. Acaso incluso algún efecto positivo. Pero las ondas sísmicas de las caídas de oferta y demanda de bienes y servicios de muchísimas clases se están sintiendo con fuerza ya en casi todos los rincones del tejido económico.

Pues bien, para abordar un problema urgente y sistémico no podemos acudir a instrumentos cuyos efectos, por benéficos que puedan llegar a ser, no se harán sentir hasta dentro de meses o tal vez de años. No hay tiempo para eso. Los efectos, aunque perfectibles, de las medidas que se adopten, han de ser inmediatos. De lo contrario, serán sustancialmente inútiles para evitar la destrucción de valiosas relaciones contractuales y eficiente tejido productivo que puede caernos encima en muy corto plazo de tiempo. A fin de amortiguar los efectos negativos del impacto es imprescindible que la protección esté disponible en seguida, no en el futuro. Menos aún en un futuro lejano, incierto y necesitado de una decisión que no cabe anticipar ni siquiera de forma aproximada en el horizonte inmediato.

Por otra parte, si millones de contratos se ven afectados, no podemos permitirnos acudir a instrumentos acompañados necesariamente de altos costes de administración y decisión para producir un resultado. Por eso no cabe encomendar de modo preferente a los tribunales de justicia la tarea de intervenir en el contrato -o solucionar los litigios que resulten de la decisión unilateral de un contratante de apartarse de lo pactado- para afrontar la emergencia general asociada al coronavirus. No solo porque los tribunales no resolverán pronto -no pueden hacerlo, menos aún en tiempos de confinamiento-, sino porque el coste por cada solución que consiga obtener será muy alto para las partes y para la sociedad en su conjunto. La intervención rápida en el entramado contractual que la situación exige no puede depender del resultado de millones de pleitos entre contratantes.

Y eso sería así aunque tuviéramos una administración de justicia bien dotada y no congestionada. Para nuestra desgracia, carecemos de ella, y nuestras son las culpas, no de otros. A lo más que, siendo realistas, podemos aspirar en España es a un largo tiempo de espera antes de que, tras un proceso que dura unos minutos, un juez, sin tiempo apenas de haberse enterado de los datos relevantes del contrato y de las circunstancias del caso, haya de fijar la solución a un conflicto contractual que surgió hace meses, años acaso, por efecto de la emergencia del COVID-19. En definitiva, la triste perspectiva de nuestra litigación masiva en

[1] Yair Listokin, *Law and Macroeconomics*, Harvard University Press (2019).

materia de contratación financiera de consumo, pero multiplicada por no sabemos cuánto. No parece un escenario atrayente.

En definitiva, celeridad de respuesta y bajo coste por contrato, dado el número de casos y la urgencia del problema, están reñidas con la judicialización de las soluciones, al menos en lo inmediato.

Por eso creemos, con toda simpatía, que yerran aquellos que, sin duda cargados de buenas intenciones, confiesan desear encomendar la tarea presente a instrumentos generales, de perfiles imprecisos y necesitados de una decisión singular adaptada a las circunstancias de cada contrato en particular. En otras palabras, a la cláusula *rebus*. No es este, pensamos, un mecanismo útil en la emergencia actual. No lo es por su falta de inmediatez[2], por lo impredecible del resultado y por el coste global para el sistema judicial y la sociedad en su conjunto que supone sujetar cientos de miles, tal vez millones, de contratos a una incierta y lejana decisión judicial en la materia. No permite siquiera, en la mayor parte de los casos, acotar un terreno de negociación suficientemente claro para que las partes tengan más fácil llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio de reajuste del contrato, menos aún en un escenario como el actual de alarmante incertidumbre acerca de la duración y alcance de las perturbaciones sobre los contratos existentes. En definitiva, la *rebus* no resulta factible, ni conveniente, para abordar eventos sistémicos y shocks macro que impactan de forma súbita una economía. Aún menos aquellos fenómenos que afectan a muchos (a casi todos, en realidad) los contratos, pero no de forma simétrica, uniforme y fácilmente cuantificable sino con impacto a medio plazo enormemente incierto.

Quien lo probó -Alemania- lo sabe. Ni siquiera allí donde se alumbró la versión moderna de la *rebus* -la desaparición de la base del negocio- y se cuenta con la jurisprudencia más sólida y nutrida, en el país desarrollado con un mayor gasto per cápita en administración de justicia, se ha confiado en la coyuntura actual en ese instrumento algo etéreo y necesariamente judicial. Han preferido establecer medidas especiales, urgentes -pero temporales- de intervención en un ámbito amplio -pero no universal- de contratos.

En efecto, en Alemania la ley de 27.3.2020 ha aprobado medidas generales de adaptación de contratos en vigor a la emergencia. Allí se han introducido medidas de vario carácter: una moratoria de pagos en favor de consumidores y pymes especialmente afectados por la situación, una suspensión de resoluciones y desahucios de arrendamientos de inmuebles, tanto residenciales como comerciales, por impagos de renta debidos al COVID-19 y por las rentas hasta final de junio de 2020, así como aplazamientos legales y suspensión de vencimientos

[2] En algunos sistemas jurídicos las previsiones legales sobre cláusula *rebus* y sus equivalentes funcionales (desaparición de la base del negocio, *hardship*, *imprévision*) se molestan en aclarar que la apelación a la *rebus* no autoriza la suspensión de las prestaciones mientras se renegocian los términos del contrato o se solicita al juez que realice la adaptación que merece el cambio de circunstancias. Así, el art. 1195 del Code, determina que la parte deudora que no aceptó el riesgo de un cambio imprevisible de las circunstancias "[..] *peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*." En los principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales 2016 el art. 6.2.3 (2) prevé en forma similar que la alegación no permite suspender la ejecución de las prestaciones. En otros sistemas jurídicos, aunque no se contempla específicamente la cuestión, es claro que si un contratante al alegar la *rebus* decide unilateralmente suspender su prestación, o reducirla en una cierta proporción, lo hace a su propio riesgo y a expensas del resultado de la renegociación y, si llega el caso -tal vez no infrecuente en estas situaciones de actuación unilateral-, de la decisión judicial.

anticipados en créditos a consumidores[3]. El § 313 BGB no ha sido visto -con acierto y también con naturalidad- como solución efectiva en estos momentos.

2. Simplicidad y facilidad de ejecución

La segunda idea es fácil de expresar pero más difícil de cumplir: *Keep things simple*. Los mecanismos de intervención deben poseer un diseño cuanto más sencillo mejor, ser fáciles y rápidos de implementar y venir acompañados de medidas concretas que minimicen los costes de transacción necesarios para que la intervención produzca efectos. Es preferible, dada la urgencia, hacer llegar la medida que se juzga necesaria a ciertos sujetos que no la precisan en realidad, que dejar fuera a un número apreciable de aquellos que de veras lo requieren para hacer frente a la emergencia. Desde luego, la complejidad de requisitos y de trámites está reñida con la simplificación, lo mismo que el énfasis en el control ex ante en lugar del control ex post. Aunque algunas de las medidas de emergencia adoptadas han flexibilizado -en buena medida por causa de las restricciones inmediatas impuestas por el confinamiento asociado al estado de alarma- la acreditación ex ante de requisitos legitimadores, la opción por la verificación -y, en su caso, medidas de sanción que disuadan de la infracción consciente- ex post no se ha extendido todo lo preciso.

Este carácter melindroso se convierte en algo más grave cuando observamos, con alarma, la imposición de exigencias de formalización, documentación o registro. Es insólito que el legislador español, al aprobar mediante una medida legislativa[4] una moratoria hipotecaria para deudores en situación de vulnerabilidad por causa de la pandemia, haya sido incapaz de prescindir de la intervención notarial y registral. Más aún, cuando el RDL 11/2020 incorpora otras medidas dirigidas a apoyar a las familias y a los colectivos más vulnerables como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19 y establece también una moratoria para los contratos de crédito sin garantía hipotecaria[5]. En relación con estos contratos, que no requieren documento público para su validez -aunque en ocasiones se celebran en póliza notarial-, ha llegado a intentar imponer también obligaciones de formalización costosas[6] y no fáciles de satisfacer, máxime en estos momentos de confinamiento.

---

[3] Sobre estas medidas, véase Martin Schmidt-Kessel/Christina Möllnitz, "Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen", *NJW* 2020, 1103.

4 RDL 8/2020, con modificaciones por el RDL 11/2020 y el RDL 15/2020. La medida inicialmente prevista en el primer RDL se limitaba a los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual, pero en el segundo de los RDL se amplía el ámbito objetivo de la moratoria para extenderlo a préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria cuya finalidad sea la adquisición inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales que sufran una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial en su facturación de al menos un 40%, así como a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del estado de alarma o deje de percibirla hasta un mes después de la finalización del estado de alarma.

5 Su regulación, con alguna ligera variante, es esencialmente similar a la de la moratoria en los créditos hipotecarios y sigue la misma dinámica (definición de vulnerabilidad, solicitud, efectos, duración, etc.).

6 La disposición adicional decimoquinta del RDL 15/2020 contiene esta previsión conducente a la documentación notarial de una moratoria legal en un contrato -el de crédito sin garantía hipotecaria- para el que no se exige tal documentación. Este mismo precepto, para los créditos hipotecarios y los que no lo son, contempla incluso el otorgamiento unilateral por el banco ante la elevada probabilidad de que el deudor, en estos tiempos de posible contagio, y que tiene ya por ley el aplazamiento que necesita para remediar su caída de ingresos, no acuda a la formalización notarial. Todo esto muestra una actitud claramente incompatible con las exigencias de celeridad, simplicidad y bajo coste en la implementación de las medidas. Pero en España seguimos viviendo en una cultura jurídica y política muy amante del formalismo.

3. Detener la propagación no solo del virus, sino también de los impagos por falta de liquidez

La tercera idea tiene que ver con la importancia de atajar una posible espiral incontrolada de impagos. En situaciones de caídas severas y súbitas de ingresos y facturación para familias y empresas existe un riesgo importante de que se genere una dinámica de impagos que se va extendiendo sin freno por el conjunto del entramado contractual y productivo: los clientes finales dejan de pagar a sus proveedores, estos a los suyos y así hasta el productor del menor de los inputs de un producto. Este proceso tiene una enorme capacidad destructiva de contratos que tienen valor para los contratantes y puede poner en serios apuros a una parte importante del tejido productivo de una economía. Las medidas de intervención sobre los contratos deben procurar ofrecer los medios para que esta dinámica destructiva no se inicie o, una vez en marcha, se frene cuanto antes.

En abstracto, cuanto más pronto se corte la posible cadena de impagos, mejor. Cuando más cerca del primer eslabón -el que hace el pago final- se logre detener el riesgo de escalamiento de los incumplimientos, más fácilmente evitaremos que las dificultades de liquidez y las pérdidas iniciales se extiendan a sectores "sanos" del engranaje económico y contractual.

La intervención en el primer nivel, o muy cerca del mismo, a fin de conjurar una propagación de impagos, requerirá la inyección de fondos externos -en último extremo, con mayor o menor soporte público-, que pueden producirse de varias formas. Una de ellas es la provisión directa de fondos o ayudas públicas[7]. Otra es el uso de moratorias en el pago de impuestos -que suponen que el contribuyente puede financiarse a cargo de la autoridad tributaria por el importe debido de impuestos a fin de atender otras obligaciones de pago-[8]. Finalmente, cabe que los fondos provengan del sector financiero privado, pero con garantías públicas de mayor o menor extensión[9] que facilitan no solo su concesión a aquellos pagadores que acaso no serían

[7] Algunos estados, como Dinamarca, han optado por políticas cuasi-universales de mantenimiento de rentas de los hogares, permitiendo así que estos puedan seguir pagando todas sus obligaciones -a la vez que se aligera la situación de liquidez quienes debían cubrir esas rentas que, durante la emergencia, cubre el Estado. Además, Dinamarca ha aprobado un plan de compensación para ayudar a las empresas a hacer frente a gastos fijos a pagar entre el 9 de marzo y el 9 de junio de 2020 (incluida la renta arrendaticia). De este plan se podrían beneficiar sociedades dedicadas a cualquier sector de actividad que prevean una caída en la facturación superior al 40% como resultado del COVID-19 y cuyos gastos fijos totales entre el 9 de marzo y el 9 de junio excedan de un cierto límite, estableciéndose un máximo importe para la ayuda, así como que la proporción de gastos que podría cubrir la ayuda no excedería la de la reducción estimada de la facturación por el COVID-19, excepto para los negocios que se hayan visto obligados a cerrar.

[8] En España se han introducido moratorias de pago de impuestos a autónomos y pymes, de modo que lo que no ha de destinarse a pagar de inmediato los tributos pueda emplearse en atender otras obligaciones de pago.

[9] En España, el RDL 8/2020, desarrollado en esto por dos disposiciones: el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, por el que se aprueban las características del primer tramo de la línea de avales para empresas y autónomos por importe de 20.000 millones de euros, con el 50% reservado para autónomos y pymes, y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial (ICO) a poner en marcha el segundo tramo de la línea de avales de hasta 20.000 millones de euros.

Estos avales, que serán gestionados por el ICO, podrán ser solicitados por las empresas y autónomos con domicilio en España que se hayan visto afectados por los efectos económicos del COVID-19, que no se encontraran en situación de morosidad a 31 de diciembre de 2019 y no estuvieran sujetos a un procedimiento concursal a 17 de marzo de 2020. Los préstamos y operaciones deberán haberse formalizado con posterioridad a 17 de marzo de 2010 para poder beneficiarse de estas garantías públicas. Las entidades financieras deberán haber solicitado la adhesión al contrato marco de ICO antes del 15 de mayo de 2020. El aval cubrirá como máximo el 80% de la operación en el caso de pymes y autónomos; para el resto de empresas, cubrirá como máximo el 70% de las nuevas operaciones y el 60% de operaciones de renovación. Los avales podrán solicitarse hasta el 30 de septiembre de 2020. El plazo del aval coincidirá con el plazo de la operación con un máximo de 5 años.

considerados riesgos de suficiente calidad para recibir la financiación, sino también que los términos del contrato sean más atractivos de los que se obtendrían en condiciones de mercado, especialmente en la situación presente. Igualmente se puede prever, como ha hecho Italia, que en contratos de financiación de entidades de crédito, los fondos comprometidos pero aún no recibidos o dispuestos por las empresas (o algunas de ellas, como pymes o aquellas particularmente golpeadas en su facturación por la situación de emergencia) no puedan suspenderse o revocarse aun cuando el contrato de financiación contuviera cláusulas que eventualmente lo permitieran[10].

Es cierto que en ocasiones actuar sobre el primer eslabón no será factible, por un conjunto de factores. Por ejemplo, porque no sea fácil -debido a razones de información, logísticas o de número de sujetos involucrados- que lleguen a ese primer nivel las medidas de apoyo a la liquidez que podrían conjurar la puesta en marcha de una cadena de impagos. O acaso porque sostener ese escalón inicial con fondos públicos para mantener la dinámica de pagos resulta excesivamente costoso para la capacidad presupuestaria del Estado[11].

Cuando ello es así, se puede acudir razonablemente a otro eslabón relativamente temprano en la cadena para proveer los fondos que cortocircuiten la expansión de los incumplimientos. También pueden establecerse medidas de moratoria en el pago que permiten al deudor financiarse temporalmente -mediante el ahorro del pago que sería debido de no ser por la moratoria- a cargo de su contraparte contractual.

3.1. Las moratorias como vía de liquidez para los deudores

Numerosos países han aprobado moratorias de distinta naturaleza entre las medidas legales y económicas que han acompañado a las de carácter sanitario como respuesta a la emergencia epidemiológica y sus distorsionantes efectos sobre la oferta, la demanda y los ingresos. Además de las moratorias fiscales, que operarían para sus beneficiarios como un subrogado de las inyecciones directas de fondos públicos, encontramos moratorias en el ámbito financiero para familias y también eventualmente para microempresas y pymes (España, Alemania, Italia), en el ámbito arrendaticio residencial y comercial (España, Portugal), así como algunas moratorias de carácter más general para hogares y pequeñas empresas en dificultades en relación con sus obligaciones corrientes (Alemania, Italia).

Las entidades financieras decidirán sobre la concesión de la financiación de acuerdo con sus procedimientos internos. Deberán mantener los costes para los nuevos préstamos y renovaciones que se beneficien de estos avales en línea con los cargados antes del inicio de la crisis del COVID-19, lo cual será supervisado por el ICO.
Medidas semejantes se han adoptado igualmente en otros países de nuestro entorno: Italia, Francia, Alemania.

[10] Art. 56.2 de la Ley de convalidación y conversión del d-l de 17 de marzo de 2020, n. 18. La medida se adopta en beneficio de las pymes (en el concepto de la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, de 6.5.2003).

[11] Existen mecanismos inteligentes para abordar esta tarea de mantener el sistema de pagos a través de la inyección directa de liquidez a los hogares, con bajos costes de administración y posibilidades de recuperación por el Estado: N. Gregory Mankiw, "A Proposal for Social Insurance during the Pandemic", http://gregmankiw.blogspot.com/. La idea es que el Estado envíe a cada familia con ingresos por debajo de cierto nivel I (los de mayores ingresos previsiblemente contarán con cierta cantidad de ahorros), una cantidad de dinero X durante los N meses que dure el previsible impacto negativo sobre sus ingresos. Al mismo tiempo se implanta un impuesto adicional, pagadero en junio de 2021, o diferible a lo largo de algunos años, equivalente a N*X*(R2020/R2019), donde R2020 es la renta de 2020 y R2019 la del año anterior. Nunca se pagaría más de N*X. Así, quien no tenga ingresos en 2020 no pagaría nada, quien ganó la mitad que el año precedente devolvería, fraccionado, solo la mitad, y tan solo aquellos que mantuvieron incólumes sus ingresos en 2020 devolverían al Estado todo lo que recibieron de este, restituyendo un préstamo sin interés que habrían recibido del Estado.

Las moratorias como medio de provisión de liquidez a un deudor que carece temporalmente de ella deben diseñarse y aplicarse con tiento a fin de evitar que puedan desencadenar o agravar una "propagación de efectos" que genere una indeseable reacción en cadena de impagos.

3.2. Las moratorias frente al Estado

Las moratorias más "seguras" desde este punto de vista serían, sin duda, las que tienen como contraparte al Estado. Este puede operar en una situación de emergencia -y en otras-, especialmente con el respaldo de un Banco Central o emisor, como una suerte de "*creditor of last resort*". Esto permite predecir que no se generará una espiral de impagos como consecuencia del aplazamiento de los pagos que resulta de tales moratorias. Estas, en la mayor parte de los casos, no van a operar en relaciones contractuales[12], sino de otra clase (tributarias, generalmente), pero es conveniente tenerlas presentes para entender la lógica de la moratoria como vía de liquidez del deudor a costa del acreedor y qué factores pueden aconsejar o desaconsejar su uso como medida de emergencia dependiendo de la capacidad del acreedor de actuar como *backstop* en relación con la expansión de una espiral de incumplimientos sucesivos.

3.3. Las moratorias en la contratación financiera

En el escalón siguiente, pero todavía apreciablemente seguro, podemos contar las moratorias en contratos de financiación cuya parte acreedora es una entidad financiera[13]. Aquí, al menos si las moratorias en favor de deudores con una crisis inmediata de liquidez no se dilatan mucho -o, si siendo más extensas, cuentan con garantías, al menos parciales, del Estado- también podemos confiar razonablemente que no desatarán un proceso en cadena de impagos sucesivos. Parece que la posición adoptada y anunciada por el Banco Central Europeo ante la emergencia permite anticipar que las entidades financieras europeas se hallarán en buena disposición de proporcionar liquidez a grupos amplios de la población que lo necesiten, al menos en el corto plazo mientras se mantenga la situación de emergencia.

Podemos comprobar que entre las medidas introducidas en distintos países europeos abundan las moratorias en contratos de financiación con entidades financieras, en favor de colectivos golpeados o amenazados por la alerta sanitaria y sus efectos económicos. Así, en España, el RDL 8/2020 establece para deudores vulnerables de resultas de la situación de emergencia (familias con ingresos reducidos, autónomos con una importante caída de facturación, ambos grupos en presencia de una probable dificultad elevada de afrontar los pagos de créditos a corto plazo dada la proporción entre pagos e ingresos) una moratoria de 3 meses[14] en el pago de a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual[15].

---

[12] Desde luego, también caben moratorias en contratos públicos. En ellos, no obstante, la posibilidad de intervención del poder público es mayor, pues a la condición de poder normativo une la de contratante. Esperamos poder analizar en las próximas semanas las vías de actuación en la contratación pública en situación de emergencia en un trabajo consagrado a la cuestión.

[13] Cuando la contraparte en el contrato de financiación no es una entidad financiera la cuestión es más problemática, como se comprobará cuando consideremos otras moratorias, como las arrendaticias.

[14] Inicialmente, el RDL 8/2020 no especificaba con precisión una duración. El RDL 11/2020 ha aclarado que la duración es de 3 meses.

[15] Por su parte, las entidades integradas en las asociaciones empresariales del sector (AEB y CECA) han impulsado moratorias voluntarias más allá del plazo y condiciones de la moratoria legal: https://www.aebanca.es/noticias/comunicados/la-banca-ofrece-aplazamientos-para-clientes-afectados-por-la-crisis-del-coronavirus/

La moratoria hipotecaria del RDL 8/2020 comprende también a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. Asimismo, el artículo 10 del RDL 8/2020 reconoce a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica la facultad de exigir el beneficio de excusión, es decir, de exigir a la entidad que agote el patrimonio del deudor principal antes de exigirles la deuda garantizada, incluso en el supuesto en que se hubiera renunciado a dicho beneficio en el contrato.

La moratoria legal se ha extendido a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria cuya finalidad era la adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales que sufran una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial en su facturación de al menos un 40%, así como a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta por circunstancias ligadas al COVID-19[16].

También se ha otorgado una moratoria análoga, e igualmente para colectivos en situación de vulnerabilidad, a los deudores en contratos de crédito sin garantía hipotecaria, cualquiera que fuera la finalidad del crédito[17]. Esta moratoria también alcanza a los fiadores y avalistas de tales créditos que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (artículo 9.2 RDL 11/2020).

A pesar de que esta cuestión no está expresamente regulada en los preceptos que versan sobre la moratoria, de la literalidad de artículo 13.4 del RDL 8/2020 (modificado por el RDL 11/2020), y de la regulación de la moratoria aplicable a la financiación al consumo, parece claro que la moratoria implica la ampliación de la duración del préstamo o crédito que se beneficia de la moratoria por el plazo que dure ésta.

En Italia, por su parte, se han aprobado moratorias en relación con créditos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual. El d-l de 2 de marzo de 2020 n. 9, establecía la posibilidad de una moratoria de hasta 9 meses en el pago de las cuotas de créditos hipotecarios (de importe inferior a 250.000 euros) cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena que han visto suspendidos sus contratos de trabajo o reducidos sus tiempos de trabajo en al menos 30 días. El d-l de 17 de marzo de 2020 n. 18 posteriormente extiende esta moratoria a autónomos que hayan sufrido una reducción de al menos un tercio en su facturación trimestral.

También ha establecido Italia una moratoria en los pagos (periódicos y no periódicos) relativos a los contratos de financiación de las pequeñas y medianas empresas (que no tuvieran una situación crediticia deteriorada antes de la emergencia) hasta el 30 de septiembre de 2020[18]. Esta moratoria se ha introducido en este caso con relevantes garantías del Estado, que cubre en determinadas proporciones la utilización adicional de líneas de crédito y disposiciones en los préstamos, así como las cuotas por principal e intereses objeto del aplazamiento.
En Alemania, el Art. 240 § 3 EGBGB, ha establecido, en ausencia de un acuerdo entre las partes que determine otra cosa, un aplazamiento *ope legis* de todos los pagos a cargo de los

[16] Esta extensión se dispone en el RDL 11/2020.
[17] Esta ampliación es igualmente fruto de las modificaciones introducidas en la moratoria financiera por el RDL 11/2020.
[18] Art. 56.2 de la Ley de convalidación y conversión del d-l de 17 de marzo de 2020, n. 18.

consumidores por principal, intereses y otros cargos periódicos, de 3 meses, en contratos de crédito, inmobiliarios y de otra naturaleza, cuando los consumidores, de resultas de la emergencia asociada al COVID-19 hayan sufrido una pérdida de ingresos que les haga inasumible el afrontar aquellos pagos. Adicionalmente, se ha previsto que si deudor y acreedor no alcanzan un acuerdo acerca de los meses posteriores a la moratoria, el contrato se prolongará por tres meses respecto de la duración prevista, y las prestaciones a cargo del deudor se desplazan temporalmente hasta la finalización del período prorrogado. Estas medidas se complementan con una suspensión de la facultad de resolver o vencer anticipadamente el contrato por parte del financiador en caso de impago, empeoramiento de la situación financiera del deudor o disminución del valor de las garantías, hasta que finalice el período de moratoria.

Es de destacar que el texto alemán establece una válvula de escape a fin de evitar que la moratoria -amplia, pues comprende toda la financiación a consumidores en situación vulnerable por la emergencia- pueda tener consecuencias inasumibles para el financiador, ocupándose de precisar que las medidas anteriormente descritas no pueden imponerse a un financiador si a la vista de todas las circunstancias concurrentes, incluidas las asociadas a la pandemia, resultan excesivamente onerosas para el financiador.

3.4. Las moratorias en contratos de arrendamiento

Otro ámbito en el que cabría imaginar la introducción de una moratoria en los pagos sería el de los contratos de arrendamiento. No cabe duda de que muchos agentes económicos (consumidores y empresas) han de realizar pagos por contratos de arrendamiento en estos momentos en que sus ingresos pueden haberse resentido, al menos a corto plazo.

Lo cierto es, sin embargo, que la mayoría de los países europeos no han adoptado moratorias en este terreno, sino que han reservado su intervención en el ámbito del arrendamiento, como examinaremos en el siguiente apartado, a la suspensión de la resolución del contrato por impago del arrendatario y del consiguiente desahucio del arrendatario. Algunos países han añadido una prohibición de ejecutar penalidades y garantías por impago del arrendatario mientras dura la situación de emergencia. La razón parece ligarse a la idea rectora de este apartado: la moratoria supone obtener liquidez a costa de la contraparte contractual, y no hay garantías de que la contraparte contractual en un contrato de arrendamiento está bien situada -en general y en las circunstancias singulares del momento, de modo especial- para ofrecer esa liquidez sin desencadenar sucesivos y posteriores impagos y, en definitiva, la tan temida espiral de incumplimientos.

La excepción a esta tendencia la encontramos en la Península Ibérica[19].

En primer lugar, en España se han adoptado moratorias en este campo, tanto para los arrendamientos de vivienda como para los comerciales (arrendamiento para uso distinto al de vivienda y arrendamiento de industria).

[19] En Escocia también se adopta una medida de efecto similar. Allí, con carácter general, el derecho del arrendador de resolver el contrato por impago de la renta exige una comunicación previa al arrendatario, quien a su vez dispone de un plazo para pagar el importe adeudado. Con ocasión del COVID-19, se ha ampliado el plazo del que dispone el arrendatario para pagar de los 14 días actuales a 14 semanas en los contratos de arrendamiento comercial.

En relación con los primeros, los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad cuyo arrendador sea un gran tenedor de vivienda[20], tienen derecho, (salvo que en un acuerdo previo se hubiera pactado ya un aplazamiento o la condonación total o parcial de la renta), a elección del arrendador: (i) a una moratoria en el pago de la renta; o (ii) a una quita del 50% de la deuda. La moratoria o la condonación de la deuda estarán vigentes mientras dure el estado de alarma o persista la situación de vulnerabilidad, con un máximo de cuatro meses.

En caso de moratoria, la renta se aplazará, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que concluya la moratoria o se supere la situación de vulnerabilidad y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento. El arrendatario no tiene penalización alguna y no tendrá que pagar intereses por el anticipo de liquidez que supone el aplazamiento y el fraccionamiento posterior del pago.

En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, no se impone con carácter absoluto la moratoria, sino que se establece una obligación de negociar y buscar alternativas, pero si finalmente el arrendador no acepta un aplazamiento o quita, la moratoria no resulta de obligado cumplimiento. Para estos casos (aunque no solo para ellos), se aprobó en el mismo RDL 11/2020 una línea de avales para la cobertura total por cuenta del Estado de financiación bancaria a arrendatarios en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la expansión del COVID-19, a fin de cubrir los pagos de renta de vivienda hasta un importe máximo de seis mensualidades de renta. Asimismo, se adopta, con una similar finalidad, un nuevo programa de ayudas para aliviar la carga económica de los arrendatarios de vivienda habitual que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad derivadas de sus obligaciones de pago de rentas o de devolución de las ayudas transitorias de financiación para el pago de rentas. Se precisa que la cuantía de estas ayudas podrá alcanzar los 900 euros al mes y el 100% de la renta arrendaticia o, en su caso, el 100% del principal e intereses del préstamo que eventualmente se suscriba para el pago de la renta de la vivienda habitual.

En España también se ha adoptado una moratoria en arrendamientos comerciales -aplicable a los arrendamientos inmobiliarios de uso distinto al de vivienda y a los de industria- por obra del RDL 15/2020. La medida se prevé en beneficio de autónomos y pymes[21] arrendatarios de inmuebles que se encuentran en situación de dificultad financiera para hacer frente al pago de las rentas. La dificultad de pago se hace depender de que la actividad desarrollada hubiera quedado suspendida oficialmente o que, aun sin haberlo sido, hayan visto una caída de facturación de un 75% o más. cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago bajo tales arrendamientos. En estos casos, si el arrendador fuera un gran tenedor de inmuebles[22], los arrendatarios tendrán derecho a aplicar una moratoria en el pago de la renta (siempre que no se hubiera acordado ya una moratoria o reducción de la renta), por el período de tiempo que permanezca el estado de alarma y, si perdura la dificultad, los meses siguientes, con un máximo de cuatro meses. La renta aplazada debe pagarse al concluir la moratoria mediante su fraccionamiento durante, al menos, los dos años siguientes de vigencia del contrato (siempre

[20] Se consideran "grandes tenedores" las personas físicas o jurídicas titulares: (i) de más de 10 inmuebles urbanos (excluyendo garajes y trasteros); o (ii) de una superficie construida de más de 1.500 m2.

[21] El concepto de pyme que se ha adoptado es más estrecho (incluye menos empresas) que el de la Recomendación de la Comisión Europea de 2003, pues exige: (i) que el activo no supere los 4.000.000 EUR; (ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los 8.000.000 EUR; y (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

[22] Con el mismo significado de este término que el ofrecido para arrendamientos de vivienda por el RDL 11/2020.

dentro de la vigencia del mismo) y sin que puedan cargarse sobre los arrendatarios penalizaciones o intereses por el aplazamiento.

Para otros arrendadores (los "pequeños tenedores") se prevé, de forma similar a como ha ocurrido con el arrendamiento de vivienda, un mecanismo de renegociación de la renta a fin de obtenerse un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, pero del texto legal parece desprenderse que no será obligatorio para el arrendador. A fin de "engrasar" este acuerdo voluntario de aplazamiento, se prevé que se pueda usar la fianza arrendaticia al fin de sufragar alguno de los períodos de renta aplazada, restituyéndose la fianza en un año desde el fin de la moratoria.

En Portugal, por su parte, se han adoptado medidas semejantes a las españolas en materia de arrendamientos residenciales y comerciales: la Ley 4-C/2020 de 6 de abril, que establece un régimen excepcional de aplazamiento del pago de las rentas de los arrendamientos urbanos residenciales y no residenciales. Por ejemplo, para alquileres comerciales se ha ordenado, en favor de los establecimientos abiertos al público destinados a actividades de comercio al por menor y a la prestación de servicios que estén cerrados o cuyas actividades estén suspendidas, el aplazamiento del pago de las rentas debidas durante los meses en los que esté vigente el estado de emergencia y el primer mes posterior a su finalización, fraccionándose lo aplazado durante los 12 meses siguientes a la finalización de la moratoria. En Portugal, sin embargo, no se ha hecho distinción alguna por la condición de gran tenedor o no del arrendador.

Las moratorias arrendaticias española y portuguesa (y más la segunda, pues es de universal alcance para todos los arrendadores) presentan un cierto riesgo de forzar a dar liquidez al arrendatario a quien acaso no está bien situado para suministrarla, iniciando así en algunos casos una cadena de impagos de indeseables consecuencias. Es probable que si el arrendador es una entidad con músculo financiero (directo o indirecto) suficiente, podrá efectivamente proporcionar a sus arrendatarios la liquidez de urgencia que estos precisan. Pero no cabe asumir que necesariamente esta condición se puede predicar de todos los arrendadores, ni siquiera de los denominados, con imprecisión, "grandes tenedores", especialmente si consideramos que el número de inmuebles que convierten a un arrendador en un gran tenedor es bajo, y no garantiza, ni mucho menos, elevada capacidad de financiar a corto plazo a sus arrendatarios. Por ejemplo, una pequeña inmobiliaria con 7 pisos y 5 locales de negocio se califica por la normativa de emergencia española como gran tenedor. No es evidente que este agente económico está en buenas condiciones para dar liquidez a sus arrendatarios, y mucho menos a todos al mismo tiempo. Esto puede provocar una cadena de impagos -la inmobiliaria impaga a sus proveedores de bienes y servicios- y esto es lo que es importante contener.

3.5. Otras moratorias

Se han aprobado otras moratorias en otros sectores[23]. Por ejemplo, en Alemania, el Art. 240 § 1 EGBGB ha previsto una moratoria general para consumidores y pymes[24] en relación con sus obligaciones de pago relativas a contratos de ejecución continuada como los de comunicaciones, energía, electricidad y seguros de carácter obligatorio. Esta moratoria se extiende temporalmente hasta el 30 de junio de 2020, pero no es automática. Precisa de ser opuesta en cada caso por el consumidor o pyme cuya existencia personal o familiar, o la continuidad de su negocio pueda estar en riesgo en caso de tener que hacer frente a los pagos que se vayan devengando por tales contratos. A su vez, el proveedor de los bienes o servicios puede oponerse a la moratoria si acredita que la no percepción del pago amenazaría la continuidad de su propia empresa.

La moratoria, a pesar de contener la válvula de escape para el acreedor que acabamos de mencionar, se molesta en excluir expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de arrendamiento y los contratos de trabajo. Los segundos, por razones que parecen obvias, pues no parece que los trabajadores estén generalmente en buena situación para proveer de liquidez a sus empleadores mediante una moratoria en sueldos y salarios[25]. En realidad, una solución parecida pudiera haberse introducido para contratos de prestación de servicios de naturaleza no laboral, pues no cabe presumir -salvo para servicios como los mencionados más arriba, como los de energía, comunicaciones similares, y acaso algún otro típicamente prestado por empresas de gran tamaño- en estos contratos que el prestador de servicios está bien preparado para asumir esa provisión de liquidez. Lo propio ocurre también con los contratos de arrendamiento, como se ha mencionado más arriba: no se puede presumir con carácter general -y se está hablando de medidas generales- que los arrendadores estén a priori en buenas condiciones en la situación actual para ofrecer liquidez a sus arrendatarios. Parece que, en general, puede haber otros agentes (empezando por el Estado) para ofrecer esa financiación a arrendatarios en situación de dificultad sin riesgo de encender la chispa de una ristra de impagos sucesivos.

En Italia, ya el art. 4 del d-l de 2 de marzo de 2020 n. 9 preveía una suspensión, para los residentes en los municipios más afectados por la pandemia, de los pagos relativos a energía eléctrica, agua, gas y gestión de residuos urbanos, hasta 30 de abril de 2020[26].

---

[23] En España, aunque no se han aprobado moratorias en sentido estricto del tipo de las que vamos a resumir para Alemania a Italia, se han adoptado algunas medidas con una finalidad similar. El RDL 11/2020 (art. 28) extiende el colectivo de potenciales perceptores del bono social de electricidad a titulares del punto de suministro, o miembro de su unidad familiar, que sean profesionales por cuenta propia o autónomos y que tengan derecho a la prestación por cese total de actividad profesional o por haber visto su facturación en el mes anterior al que se solicita el bono social reducida en, al menos, un 75 por ciento en relación con el promedio de facturación del semestre anterior.
Parecidamente, el art. 29 del RDL 11/2020 establece medidas dirigidas a garantizar la continuidad del suministro energético y de agua para hogares mientras dure el estado de alarma, de forma que mientras prosiga este, no podrá suspenderse el suministro a consumidores domésticos en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores.
[24] En este caso, el concepto (más amplio que el empleado en España en el RDL 15/2020 para la moratoria arrendaticia no residencial) es el de la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, de 6.5. 2003.
[25] Precisamente, en los ERTEs esa liquidez la aporta, en su mayor parte, el Estado al asumir una proporción de los salarios que se van devengando en esa situación.
[26] El art. 72 bis de la Ley de convalidación y conversión del d-l n.18 ha recogido esta previsión desarrollando un régimen para el fraccionamiento del pago de las facturas suspendidas.

De nuevo aquí se reproduce el riesgo de obligar a proporcionar liquidez a agentes económicos que no necesariamente están bien situados para ofrecerla en el cortísimo plazo. Es cierto que lo habitual -más, desde luego, que en el caso de los contratos de arrendamiento- es que los proveedores de servicios de comunicaciones y energía sean empresas de envergadura y con margen financiero suficiente para asumir esa financiación forzosa a sus clientes. Pero no necesariamente será así, y parece conveniente establecer (Alemania así lo ha hecho) válvulas de escape ante estas eventualidades.

4. Prudencia e intervención mínima: conservemos los contratos en vigor

Las diferentes alternativas de intervención sobre los contratos en curso pueden suponer efectos contractuales muy distintos y los costes de las mismas pueden ser igualmente diversos. Las examinamos a continuación y acabamos con una recomendación acaso no muy sorprendente: optemos en principio por las menos costosas e intrusivas.

4.1. La extinción del contrato y sus costes: la alternativa que conviene evitar

El mecanismo más contundente -y costoso- viene dado por la resolución o extinción del contrato. Una relación contractual que estaba en vigor entre las partes antes del estallido de la pandemia presumiblemente se mantenía porque creaba valor para las partes y, por ende, para la sociedad. Un contrato en vigor es, con carácter general, un activo valioso. Si el contrato se resuelve o se termina, se destruye el valor asociado a ese contrato, lo que podríamos llamar el "valor relacional".

Ese valor existe no sólo porque hay con mucha frecuencia inversiones específicas no amortizadas que pierden toda su capacidad de generación de valor una vez que la relación contractual se extingue, sobre todo si es de forma abrupta. Y no únicamente porque un contrato es fuente de valor en relación con otros contratos con los clientes o contrapartes de uno de los contratantes (la "clientela" de que se habla en los contratos de arrendamiento y distribución). Lo más decisivo es que el entramado de reciprocidades[27] que se produce en el seno de una relación contractual viva y que opera como mecanismo de incentivo de conductas que producen valor social -y que dependen crucialmente de la plausible continuidad de la relación- decae cuando el contrato se acaba. Esto es de enorme relevancia en una multiplicidad de entornos contractuales: cadenas de suministro y distribución -relaciones entre productores de inputs y productores finales, entre fabricantes, mayoristas, minoristas y clientes finales-; contratos de arrendamiento, contratos de servicios profesionales y de otra naturaleza, contratos de financiación recurrente y muchos más.

Los costes asociados a la extinción de una relación contractual son, pues, muy elevados. Incluso cuando el elemento relacional puede verse como típicamente menos relevante (piénsese en un contrato de préstamo hipotecario relativo a la adquisición de una vivienda o de otro activo), la resolución del contrato unida a la ejecución de la garantía generan también costes apreciables para las partes. Notoriamente, la pérdida de la titularidad y el uso del activo para el deudor, con la consiguiente pérdida patrimonial, pérdida de capacidad de uso y pérdida del valor

[27] Véase, sobre la dimensión relacional de los contratos, Juanjo Ganuza y Fernando Gómez, "Contracts without Courts", (en revisión, *Journal of Economics and Management Strategy* (2020)), y la extensa literatura económica y jurídico-económica sobre la misma que allí se referencia.

idiosincrático para el propietario. Produce, además, importantes efectos externos negativos, como los costes para la administración de justicia, o la reducción de precios de inmuebles en áreas que experimentan numerosas ejecuciones.

Parece, pues, que recurrir a la resolución y extinción de contratos no solo no se nos representa como una alternativa atractiva. Al contrario, todo indica que es muy conveniente evitar que los costes asociados a la resolución y extinción de los contratos se incurran a consecuencia de incumplimientos o impagos en los contratos que deriven o se asocien a la emergencia de salud pública que, se presume, será transitoria y de duración breve. Incurrir en la pérdida social que supone la extinción de los contratos en vigor como consecuencia de una perturbación pasajera parece una mala estrategia para un sistema jurídico y una sociedad.

Por eso no es una sorpresa que los diferentes estados, durante la presente situación de emergencia, hayan adoptado numerosas medidas tendentes a restringir la resolución de contratos en vigor con los costes asociados que la extinción supone, y hayan optado decididamente por promover la conservación de la vigencia de los mismos.

Francia ha adoptado la medida de alcance más general en esta línea de preservar los contratos de las consecuencias de incumplimiento ligadas a la pandemia o agravadas por esta. Así, ha establecido que las cláusulas penales, las resolutorias y las de terminación o extinción por incumplimiento de obligaciones contractuales a cierto término, no producen efecto si la fecha en que debía producirse el cumplimiento cae en el período que media entre el 12 de marzo de 2020 y un mes después de la expiración del estado de emergencia. Pasado un mes tras el período anterior (esto es, 2 meses desde la expiración del estado de emergencia) las cláusulas en cuestión vuelven a producir sus efectos si no se ha producido el cumplimiento antes de esta fecha. Si la fecha del incumplimiento es anterior al 12 de marzo, las cláusulas en cuestión producen efecto, pero se suspende el mismo hasta pasado un mes desde el fin de la emergencia[28].

Muchos países y jurisdicciones han adoptado medidas de restricción de la resolución contractual en el ámbito arrendaticio, conscientes de los importantes costes -para las partes y para la sociedad- que la extinción de estos contratos puede acarrear.

Así, en Alemania[29] se ha suspendido hasta el 30 de junio de 2020 la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento (de vivienda, de local comercial y de oficina) por impago de la renta y de cantidades asimiladas, devengadas entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2020, cuando el impago proceda –acreditado de forma creíble– de los efectos del COVID-19. No se suspende la obligación de pago de esa renta –ni la facultad del arrendador de reclamarla–, sino simplemente la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento por los impagos de la renta de ese concreto período de tiempo. Tampoco se impide -al contrario que en Francia- la ejecución de garantías por impago, ni el devengo de intereses de demora por el retraso en el pago.

En Inglaterra y Gales, con un derecho tradicionalmente muy reacio a intervenir en las relaciones arrendaticias, especialmente en las comerciales, se ha establecido que los

[28] Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.
[29] Art. 240 § 3 EGBGB.

arrendadores no podrán desahuciar a los arrendatarios de locales comerciales u oficinas por el impago de la renta o cantidades asimiladas hasta el 30 de junio –siendo esta fecha susceptible de prórroga–. No obstante, se mantiene la obligación del arrendatario de pagar la renta (incluyendo intereses moratorios por la demora en el pago) y el arrendador puede adoptar cualquier medida de actuación jurídica distinta del desahucio, como puede ser la ejecución de cualquier tipo de garantías existentes en relación a la obligación de pago de la renta -avales, entre otros-.

En España no se han adoptado medidas generales de suspensión de la resolución del contrato y del desahucio en el ámbito arrendaticio. Es cierto que la moratoria aprobada por los RDL 11/2020 y 15/2020 para el ámbito residencial y comercial, respectivamente, en la medida en que imponen legalmente un aplazamiento al pago de las rentas del arrendamiento para ciertos colectivos de arrendatarios -vulnerables, en el ámbito residencial, seriamente afectados por la emergencia sanitaria, en el comercial- evita que en los casos cubiertos por la moratoria se produzcan resoluciones y desahucios mientras persista su vigencia simplemente porque las rentas no son debidas durante la moratoria.

Es cierto que se han previsto ciertas medidas adicionales para preservar relaciones arrendaticias. Así, se ha dispuesto[30] con carácter general, que los arrendatarios de vivienda puedan prorrogar hasta seis meses los contratos que venzan entre la entrada en vigor del RDL 11/2020 y los dos meses siguientes a la finalización del estado de alarma.

De forma menos general, y en relación con arrendatarios de vivienda en situación vulnerable, se ha introducido[31] la posibilidad de suspensión de los lanzamientos señalados de arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad sin alternativa habitacional y si no se hubiera decretado ya el lanzamiento, se suspenderán los procedimientos de desahucio hasta que los servicios sociales adopten las medidas oportunas, por un periodo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del RDL 11/2020.

Con todo, no parece que hubiera sido superflua una suspensión de resoluciones contractuales en el ámbito arrendaticio con carácter general por un período suficiente para cubrir la disrupción provocada por la emergencia sanitaria y evitar que la misma pudiera dar lugar a extinciones de contratos de arrendamiento de viable continuidad y que producen valor para las partes. Es posible que el legislador español esté confiando implícitamente en la suspensión de los términos y plazos procesales conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda del RD 463/2020, pero esto simplemente supone un retraso en el reflejo procesal, pero no evita la decisión sustantiva de resolución. Creemos que una norma expresa (a la alemana o la francesa) hubiera resultado clarificadora.

La desconfianza ante la resolución de contratos en la situación de emergencia puede obedecer a razones en buena medida distintas de las que se conectan con el objetivo de preservar el valor relacional del contrato o evitar los costes de ejecución sobre activos valiosos que siguen a la resolución. Singularmente, puede explicarse también por motivos relacionados con los problemas para la situación de liquidez -y, eventualmente, incluso de solvencia- de un

[30] Art. 2 RDL 11/2020.
[31] Art. 1 RDL 11/2020.

contratante y el consiguiente proceso de espiral de impagos que puede ocurrir como consecuencia de las obligaciones de restitución que acompañan a la resolución del contrato.

Este problema se puede dar en un ámbito en el que la cancelación y extinción de contratos sin duda tiene visos de presentar relevancia cuantitativa muy importante es el sector del transporte y del turismo. El cierre de establecimientos hoteleros de toda clase[32], así como la interrupción generalizada aunque no completa de líneas de transporte de viajeros, en especial de media y larga distancia[33] ha frustrado las estancias y los viajes de muchos consumidores. En este caso, además, la situación para este sector, en cuanto a su disrupción en su operativa normal y su capacidad de cumplir las prestaciones propias de los contratos, se prevé que pueda acaso tener mayor duración.

Puede parecer natural pensar que si la prestación comprometida no es posible, dado el cierre del establecimiento o la cancelación del transporte, no hay más remedio que la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida y la devolución de prestaciones (típicamente, las cantidades anticipadas por el viajero para la reserva de transporte u hotelera, cantidades que en ocasiones alcanzan la totalidad del precio del contrato). En el caso del contrato de viaje combinado, la ley prevé expresamente esta consecuencia en casos de cancelación por circunstancias extraordinarias: art. 160 TRLGDCU[34].

El riesgo en una situación de emergencia como la actual consiste en que la acumulación de estas cancelaciones y solicitudes de reembolso, aunque previsiblemente pequeñas en media, en términos agregados pueden representar un serio problema de liquidez y acaso hasta de solvencia para el operador turístico o de transporte.

Probablemente con este problema en mente, el art. 36 del RDL 11/2020 ha introducido algunas previsiones para tratar de mitigar tales consecuencias. Con carácter general, se contempla la circunstancia de que como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos -típicamente de compra de bienes de consumo o de prestación de servicios, aunque no se mencionan específicamente los de transporte o alojamiento- resultan de imposible cumplimiento. Se mantiene el derecho del consumidor a resolver el contrato, pero se sujeta a algunas condiciones. Primero, su ejercicio resulta seriamente limitado en el tiempo (plazo de 14 días desde la imposibilidad de cumplimiento). Segundo, el efecto resolutorio se subordina a un proceso negociado de revisión de los términos del contrato, incluyendo el ofrecimiento por la empresa de bonos o vales sustitutorios al reembolso. Solo si transcurren 60 días sin acuerdo sobre una alternativa, se producirá el efecto

[32] En España, por efecto de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico, de acuerdo con el artículo 10.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[33] En España, véanse el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y la Orden TMA/273/2020, de 23 de marzo, por la que se dictan instrucciones sobre reducción de los servicios de transporte de viajeros.

[34] Según dispone el art. 160.2 TRLGDCU, cuando concurran circunstancias inevitables y extraordinarias que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio del mismo sin pagar ninguna penalización, teniendo entonces el viajero derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional. El art. 160.3 TRLGDCU prevé el caso de cancelación por el organizador, con base en la imposibilidad de ejecutar el contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias y se notifica la cancelación al viajero sin demora indebida antes del inicio del viaje. En este caso procederá igualmente reembolsar al viajero la totalidad de los pagos que este haya realizado, pero no habrá abono de compensación adicional alguna por el organizador.

resolutorio y la obligación de restitución, para la cual, salvo acuerdo en contra, se prevé un plazo máximo de 14 días.

Para contratos de viaje combinado que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, se prevé además que se pueda entregar al consumidor un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido de acuerdo con el TRLGDCU. Si el organizador del viaje, en cambio, hubiera sido reembolsado por los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado de las cantidades anticipadas para el viaje, se procedería, según que aquel reembolso hubiera sido total o parcial, a la cancelación total o parcial del bono y a la restitución al consumidor de las cantidades correspondientes. La restitución al consumidor debe producirse en un plazo no superior a 60 días.

En Italia podemos encontrar medidas similares. Así, se ha previsto para los contratos de espectáculos y eventos culturales de todo tipo, la previsión de un bono[35] o *voucher* de duración anual, que los consumidores han de solicitar en un plazo de 30 días y la empresa responsable del evento ha de enviar al consumidor en un plazo de la misma duración[36].

En relación con los contratos de transporte por cualquier medio, alojamiento y viaje combinado, se prevé que la empresa, tras recibir la solicitud del consumidor, proceda (en un plazo de 30 días o incluso de 60 en algunos supuestos de viaje combinado) al reembolso del precio o cantidades anticipadas o a entregar un *voucher* por el mismo importe con validez de un año[37].

A pesar de que esta medida legal ha sido objeto de frontal oposición doctrinal[38] a causa de la reducción en la protección del consumidor que supone respecto del nivel general consagrado en el TRLGDCU (y, en el caso del contrato de viaje combinado, por la Directiva 2015/2302[39]), la medida no nos parece totalmente criticable en cuanto al fondo, aun y con su desafortunada y poco técnica redacción. La preocupación que subyace a la misma es bien real y el mecanismo del bono aparece como un instrumento interesante para mantener el contrato y evitar una acumulación de reclamaciones de reembolso en un plazo muy corto contra una misma empresa[40]. En la situación de emergencia presente, la protección del consumidor entendida como conservación íntegra de los derechos del "período normal" nos parece que ha de permitir modulaciones conducentes a cumplir objetivos de urgencia máxima, como es la conservación del tejido productivo en el sector turístico y de transporte -entre otros-, y la reducción del riesgo de insolvencias y procesos de espiral de impagos en los mismos.

35 En Alemania se está considerando una solución muy semejante para los contratos de servicios y eventos en el ámbito cultural (la "*Gutscheinlösung*"): proposición de ley de los grupos CDU/CSU y SPD para introducir un §5 en el Art. 240 EGBGB (*Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht*).

36 Art. 88 de la Ley de convalidación y conversión del d-l n. 18.

37 Art. 88 bis de la Ley de convalidación y conversión del d-l n. 18.

38 Manuel Jesús Marín López, "Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020", CESCO (2020).

39 Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

40 Como se ha indicado en el texto, en otros países con una industria turística importante y seriamente golpeada por la emergencia, como Italia, se han adoptado medidas parecidas orientas también a mitigar este riesgo.

De facto y, todo hay que decirlo, un poco de rondón en el RDL 11/2020, su artículo 36 facilita como mínimo dos meses y medio de liquidez a las empresas afectadas a costa de aquellos consumidores cuyos contratos se han visto frustrados en su ejecución por efecto de la pandemia y de las medidas del estado de alarma. Lo criticable de esta medida reside en su generalidad sin atender a la posibilidad de los consumidores de efectivamente facilitar esta liquidez a las empresas turísticas y de transporte. Para muchos consumidores, cierto es, tratándose de importes típicamente reducidos para cada uno[41] (los precios de compra o reserva de billetes de avión o los depósitos para reservas hoteleras, en los supuestos más frecuentes) esta financiación a su cargo será soportable individualmente. Pero no hay seguridad de que esto sea así. Debiera haberse previsto que pueda haber consumidores con un problema propio de liquidez. Aun por cantidades no demasiado elevadas, no tiene sentido imponer a estos que financien dos meses y medio a las empresas cuya prestación se ha hecho imposible durante la emergencia sanitaria.

Cabe, con todo, mantener la idea del bono como instrumento para preservar el contrato remitiendo a un momento posterior el cumplimiento de la prestación específica hotelera o de transporte, sin forzar al consumidor necesariamente a financiar a la contraparte contractual si no puede o no quiere. Una posibilidad para conjugar ambos objetivos de alguna manera sería hacer el bono inmediatamente redimible a cargo del Estado, de modo que el consumidor pudiera recibir su importe directamente de la agencia tributaria, y esta obtener un crédito frente al emisor del bono pagadero por vía tributaria una vez normalizada la situación de esos sectores o, incluso, si llega a ser preciso en el futuro dar ayudas públicas a las empresas en ellos, deducible de las ayudas que pudieran corresponder. En una línea similar se ha sugerido hacer del bono un título valor que permitiría al consumidor tenedor del mismo poder transferirlo a cambio de dinero o financiarse con la garantía de su importe[42].

4.2. La modificación de lo debido: quita y suspensión

El escalón inferior a la intervención sobre contratos en vigor viene dado por una modificación del contenido del contrato. No nos referimos aquí a aquellos términos o cláusulas accesorias a las de las obligaciones principales de las partes, como las penalidades convencionales o las garantías relacionadas con el cumplimiento de las prestaciones esenciales[43]. Estamos pensando en la intervención directa sobre las prestaciones debidas. En concreto, en relación con las obligaciones dinerarias de alguna de las partes. Modificar mediante una normativa de alcance general la realización de prestaciones de servicios o la ejecución de prestaciones de otra naturaleza a la monetaria, más allá de la suspensión temporal de cumplimiento que pueda afectar a las mismas por efecto de las medidas que han acompañado al estado de emergencia parece difícilmente imaginable.

[41] El importe agregado puede ser importante para una empresa concreta, eventualmente determinando problemas de liquidez o hasta de solvencia, al acumularse de forma súbita en corto término todos los reembolsos.

[42] Ángel Carrasco Perera, "El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores" (2020) (en https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-covid-emitido-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores/).

[43] Ya hemos señalado que algún país (Francia) ha procedido a la suspensión temporal de efectos de tales cláusulas en cuanto que se ha considerado que pueden coadyuvar o amplificar el incumplimiento o impago y amenazar la subsistencia del contrato.

En definitiva, se trataría de la consideración de una posible quita en obligaciones dinerarias de individuos y empresas directamente golpeados por la pandemia y las medidas que se han adoptado para combatirla.

Como medida de carácter global, no parece aconsejable ni para la generalidad de los contratos, ni siquiera para la generalidad de los contratos de una misma clase, y ello tanto si se hace a través de medidas legislativas ad hoc para la situación de emergencia como por medio de una lectura general y no dependiente de las circunstancias de cada caso de las normas del Derecho de contratos aplicables a todos los contratos o a algún tipo particular de entre ellos.

Una quita indiscriminada, sea generalizada o sea sectorial, en las obligaciones de pago de una parte supone trasladar sobre todas las contrapartes una fracción (mayor o menor según el monto de la quita que se practique) de las pérdidas sufridas inicialmente por aquellas partes del contrato que reciben directamente el impacto de la situación de emergencia. Esta traslación global sobre otros de una parte de las pérdidas por el mero hecho de ser contraparte en una relación contractual no parece que tenga fundamentos sólidos si no hay razones concretas para ello.

Pensemos, para exponer con mayor claridad y concreción el argumento, en un contrato de arrendamiento comercial por 1 año (el 2020) entre A (arrendador) y B (arrendatario). La renta mensual es igual a 50. B obtiene en enero y febrero de 2020 ingresos mensuales por la actividad comercial en el local arrendado igual a 100. Como consecuencia del estado de alarma, B se ve forzado a suspender la actividad de venta al público durante 3 meses y deja de ingresar por completo los 100 mensuales que de ordinario recibía (dejemos de lado, por simplicidad, la posibilidad de que pueda realizar algunas ventas telemáticas así como otros costes de su actividad). La suspensión forzosa de actividades le ha supuesto, por tanto, una pérdida de 100 por cada mes.

Esta pérdida, además, es irreversible. Podrá trasladarse sobre otros, en todo o en parte, pero no desvanecerse, del mismo modo que la cobertura aseguradora no elimina las pérdidas que ocasiona el siniestro, simplemente las traslada del bolsillo del asegurado al bolsillo de la aseguradora[44]. Los ingresos del período de cierre se han ido para siempre. Pasárselos a la contraparte no los hace revivir, y extender el contrato a su finalización por un período de tiempo equivalente al de suspensión, no los borra. En el prístino castellano del siglo XVI del clásico de Estella: "*Si gastaste mal tu dinero, puedes tornar a ganar otro tanto; pero el tiempo gastado no se puede cobrar. Pasan los días y nunca vuelven*".

En principio, es B, quien recibe la pérdida inmediata y directamente, quien ha de soportarla, salvo que creamos que hay alguna buena razón para desplazarla sobre otros. Si se impone por todo el período de emergencia una quita del 100% en el pago de la renta arrendaticia del local comercial (o, como veremos que es equivalente, se "suspende" el contrato de arrendamiento mientras dura la suspensión de actividad) de la pérdida sufrida inicialmente (100), puede trasladar la mitad (50, el importe de la renta arrendaticia) sobre su arrendador, de modo que A estaría asumiendo el 50% de las pérdidas de B. Si la quita fuera del 50% de la renta, A estaría asumiendo el 25% de las pérdidas de B y de forma semejante con otros porcentajes de quita.

[44] Aunque esta cobertura, sin duda, si el que puede sufrir la pérdida es averso al riesgo supone una mejora de bienestar pues se ve libre de un riesgo que reduce su utilidad.

Si en lugar de quita se decretara una suspensión general de los contratos de arrendamiento comercial durante la vigencia del estado de alarma[45] (3 meses), el efecto es exactamente el mismo que el de una quita del 100%. De la pérdida de 100 al mes que experimenta directamente B, al suspenderse el pago de la renta desplaza la mitad sobre A. Nada cambia el hecho de que al final de 2020 el contrato de arrendamiento se prorrogara por los 3 meses de suspensión. Cierto es que B pagará 50 cada mes a A durante ese tiempo, pero es a cambio de disfrutar del local durante la extensión, no por lo ocurrido durante el período de suspensión y necesariamente supone que A no podrá obtener renta de otro arrendatario distinto de B en los tres meses de extensión del contrato.

Por tanto, aunque con frecuencia se habla de suspensión y moratoria como si fueran idénticos, lo cierto es que la suspensión del contrato equivale a una quita del 100%, y no es asimilable a una moratoria. En la moratoria, lo que ocurre es que la contraparte (el arrendador, en nuestro ejemplo) financia el importe objeto de la moratoria al deudor por el plazo de duración de esta. Pero nada asume de la pérdida subyacente que ha generado la dificultad de liquidez del deudor. El efecto de la moratoria es puramente financiero, y el coste de la financiación, si la moratoria supone el devengo de intereses a cargo del deudor, lo asume este y no la contraparte. Evidentemente, si la moratoria viene acompañada, como lo ha sido en España en el ámbito de los contratos de financiación y en los contratos arrendaticios, de una disposición que determina que la financiación se ha de hacer al deudor a interés cero (sin recargos ni intereses de demora), el coste de proveer la financiación durante el período de moratoria recae sobre el acreedor y, desde este punto de vista supone una "quita". Pero una quita correspondiente tan solo al coste

[45] El mismo efecto se produce, en ausencia de una medida legislativa de suspensión, si de forma universal (o casi) se entiende que es el arrendador el que ha de entenderse que debe garantizar que el local arrendado sigue abierto para que el arrendatario obtenga sus ingresos ordinarios, de modo que si ello no es así el arrendatario puede suspender el pago de la renta o, incluso, resolver el contrato. En España, esta posición se ha defendido sobre la base de una cierta lectura del art. 1554.3º CC o de una aplicación analógica del art. 26 LAU. Los argumentos en defensa de una solución general de este tipo en Ángel Carrasco Perera, "La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada (A propósito de la STS de 28 de octubre de 1985)", *Poder Judicial* (1986) [versión electrónica no original], p. 4-5 y 7-8; Ángel Carrasco Perera, "Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor", CESCO (2020); Ángel Carrasco Perera, "Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto (segunda versión, reforzada para los incrédulos)", CESCO (2020); José Ramón García Vicente, "Arrendamiento y pandemia (1)" y "Arrendamiento de local de negocio y pandemia (2)", en el blog de la Asociación de Profesores de Derecho civil; Antonio Orti Vallejo, "Apunte sobre la suspensión de la obligación de pago de la renta de los locales de negocio a los que les ha sido prohibida la apertura de sus establecimientos como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el COVID-19", CESCO (2020). Los argumentos en defensa de la tesis opuesta en Fernando Pantaleón Prieto, "Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales", en Almacén de Derecho (2020) [https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/].
Por nuestra parte, tanto en el caso de una medida legislativa de suspensión del contrato, como de una suspensión general fruto de una interpretación igualmente general de normas sobre el tipo contractual, el efecto se extiende con alcance universal sobre todos los contratos de arrendamiento, sin que tal efecto se haga depender de las circunstancias o de los términos contractuales de una concreta relación contractual.
Desde luego, cosa distinta es que pueda llegarse a la conclusión, tras el análisis de un contrato en particular y de las cláusulas pactadas por las partes, que un determinado arrendador ha de asumir en todo o en parte las pérdidas sufridas por el arrendatario como consecuencia de la suspensión de actividad comercial de este. Es la conclusión apriorística y generalizada, basada acaso en características "inmutables" del tipo contractual y abstraída de las características reales de un contrato determinado lo que no nos parece buena idea, pues impone una traslación de la pérdida sufrida por el arrendatario sobre su contraparte sin la apoyatura -necesaria, creemos- de buenas razones para efectuar esa traslación, más allá de ciertas lecturas tipológicas dudosas o, cuanto menos, no exentas de incertidumbre. Mucho menos cuando la legislación específica de emergencia establece ya -con mejor o peor acierto, eso es otra cuestión- una medida general pero *ad hoc* para la situación actual que no resulta conciliable con esa interpretación apriorística de los riesgos de pérdida en contractos de arrendamiento de local comercial.

financiero del aplazamiento, no a la pérdida subyacente que determina la situación de iliquidez.

Tan solo cuando el contrato es puramente financiero una suspensión del contrato y una moratoria pura se asemejan (aunque no son idénticas). Pero ello porque la propia naturaleza del contrato hace que el efecto de una y otra sea puramente financiero. Pensemos en un contrato de financiación de duración de 1 año (hasta 31 de diciembre de 2020), en el que el deudor ha de abonar 100 mensualmente al acreedor. Si se produce una moratoria pura de 3 meses (abril, mayo, junio) en ese contrato, el acreedor está financiando los 300 de la renta de los meses afectados durante 6 meses (los que restan hasta el final del 2020). Si lo que se produce es una suspensión del contrato que comporta la extensión de su duración por un tiempo equivalente al de suspensión, lo que sucede es que el acreedor está financiando los 300 de la renta correspondiente a los meses de suspensión durante 9 meses (hasta el final del período contractual ahora extendido).

En definitiva, una quita (o una suspensión, como hemos visto) impuesta con carácter generalizado[46] en relación con obligaciones de pago devengadas en el período de emergencia supone trasladar una parte de las pérdidas sufridas inicialmente por el deudor del pago sobre su contraparte en ese contrato. No hay motivos de carácter general que indiquen que esa traslación de las pérdidas es necesariamente deseable que se realice a través de los contratos o de algún tipo contractual en particular (más allá del seguro). Menos aun cuando ambas partes en el contrato son empresas. No está de más observar que en los países de nuestro entorno no se han producido medidas amplias y generalizadas de quita al calor de la situación de emergencia.

En definitiva, deben existir buenas razones para esa traslación y criterios razonables para determinar el montante de la misma. A fin de verificar la concurrencia de ambas condiciones, creemos que habría que considerar una gran variedad de factores y circunstancias que requieren de un análisis pormenorizado del contrato y de la situación de los contratantes. Eso no es posible, pensamos, en una situación de emergencia en la que la intervención sobre los contratos ha de tener una inmediatez y una generalidad incompatibles con el análisis preciso a estos efectos. Esto será posible únicamente "*when the dust settles*".

4.3. La alteración puramente financiera: la moratoria

Como ya se ha indicado más arriba, una moratoria de pago en favor de un contratante supone el otorgamiento de financiación, por el importe del pago debido y por el plazo de la moratoria, a cargo de la contraparte en el contrato. La moratoria puede (o no) venir acompañada de una

[46] El RDL 11/2020 sí impone una quita (aunque no de alcance único) a los grandes tenedores de vivienda en favor de los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad, pues impone al arrendador tener que elegir entre (i) una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses y (ii) una moratoria en el pago de la renta arrendaticia por un plazo máximo de cuatro meses, a devolver en 3 años sin recargos ni intereses. En definitiva, a elección del arrendador se le impone sea una quita del 50% de la renta durante 4 meses o una quita del coste financiero de financiar el importe de los 4 meses de renta durante un plazo de 3 años. Con todo, y a pesar de que el concepto de gran tenedor del RDL 11/2020 es probablemente sobreinclusivo, aquí puede considerarse que hay diferencia apreciable entre la capacidad de absorción de pérdidas de arrendador y arrendatario en situación de vulnerabilidad. Esta clase de medidas, sin embargo, no ha sido habitual en los países de nuestro entorno.

quita equivalente al coste de esa financiación si la moratoria se establece como "libre de intereses o recargos".

En el apartado III ya hemos analizado por extenso el uso de moratorias en distintos ámbitos contractuales por parte de los legisladores de diferentes países en el curso de la emergencia de salud por el COVID-19. Ahora solo mencionaremos dos ideas generales. La primera, ya evidente a estas alturas del trabajo, es que una moratoria es un instrumento de intervención sobre un contrato en vigor menos intenso y agresivo que la resolución o extinción y la quita. Además, al centrarse en cuestiones de liquidez y financiación a corto plazo, tanto la valoración de sus ventajas y costes, como su diseño, resultan más sencillos que los relativos a otras alternativas de intervención más intrusivas.

Por otra parte, parece que constituyen una herramienta eficaz para afrontar dificultades urgentes de liquidez en deudores, sobre todo en relación cuando el número de implicados es elevado o puede serlo. La experiencia de la gran recesión que siguió a la crisis financiera iniciada en Estados Unidos en 2007 revela que para los deudores en dificultades las medidas de impacto inmediato sobre sus pagos a corto plazo son de mayor eficacia que las medidas que pudieran dar lugar al total de su deuda pero que se materializan en períodos de tiempo posteriores. El análisis empírico de Ganong y Noel[47] muestra que las disminuciones de deuda hipotecaria que no reducen los pagos a corto plazo, sino que se concentran en la cuantía a largo plazo de la deuda no tienen impacto significativo sobre los impagos y el consumo de las familias en situación difícil en relación con sus deudas hipotecarias. Cuando el impago produce costes inmediatos, este es fruto de shocks inmediatos sobre la renta y no es sensible a proyecciones o anticipaciones futuras de la carga que supone la deuda y que se sentirá en períodos posteriores, no digamos ya los alejados en el tiempo.

5. Soluciones personalizadas para los contratos a medida

También los contratos cortados a medida se están enfrentando a las consecuencias de la emergencia de salud pública y sus repercusiones económicas. En las manifestaciones arquetípicas de contratos intensamente negociados y adaptados en todos sus detalles a las características de la operación y los intereses de los contratantes, como pueden ser los contratos de M&A o de gran financiación corporativa, las disputas en torno a los eventos surgidos del COVID-19 serán importantes también. El gran inversor o la gran compañía que había concertado la compra con precio determinado de una empresa del sector del lujo y no la ha recibido aún, pues la operación está en el período interino, observará sin duda muy alarmado que las expectativas de facturación de la sociedad que acaba de comprar van a ser muy inferiores a las contempladas. El banco que acaba de conceder una importante financiación a una gran empresa del sector turístico analizará con preocupación cómo los ratios financieros que se habían incluido en el contrato para permitir nuevas disposiciones de la financiación concedida están abocados a su incumplimiento.

En estos ámbitos no hay, creemos, margen recomendable para intervenciones generales sobre los contratos al calor de la situación de emergencia. Los efectos de esta pueden constituir un

[47] Peter Ganong y Pascal Noel, "Liquidity vs. Wealth in Household Debt Obligations: Evidence from Housing Policy in the Great Recession", NBER Working Paper No. 24964 (2018); Peter Ganong y Pascal Noel, "The Effect of Debt on Default and Consumption: Evidence from Housing Policy in the Great Recession", Working Paper Harvard Joint Center on Housing Studies (2017).

obstáculo serio para la ejecución del contrato tal y como las partes habían previsto. Pero los contratos cuentan con instrumentos internos al contrato para afrontar el problema. Sin duda, esos instrumentos y los términos contractuales que los insertan en el texto del contrato no estaban pensando en la pandemia y sus consecuencias. Pero es difícil pensar que las medidas sobre contratos que podamos diseñar y aplicar en este estado de emergencia van a resultar más ajustadas a maximizar el valor del contrato que los que llevan puliéndose y perfilándose durante mucho tiempo para aquilatar las soluciones contractuales ante eventos inesperados en contratos de M&A y de financiación. En los primeros, las cláusulas MAC y MAE (*Material Adverse Change* y *Material Adverse Event*)[48] y su complejo esquema de *carve-outs* y *carve-ins*, junto con otros más generales como las manifestaciones y garantías y su reiteración o modificación en distintos hitos del proceso contractual. En los de financiación, también las cláusulas MAC y MAE, aunque aquí, a diferencia de los contratos de M&A en que tienen una función en parte retrospectiva en relación con la valoración de la compañía comprada cuando se celebró el contrato, orientados a la futura solvencia del deudor. Pero igualmente otros pactos que tratan de calibrar cómo la situación financiera del deudor ha de influir en las disposiciones bajo el contrato y, en su caso, en el mantenimiento de la financiación. Parece más prudente dejar que los instrumentos específicos tengan preferencia sobre los generales que podamos idear, aunque es de esperar que su aplicación en la situación de emergencia no se podrá sustraer, o no del todo, al vértigo y las exigencias del momento.

6. Manteniendo los objetivos de la competencia también en la economía de emergencia

¿Podemos aplicar las normas de la competencia en estos tiempos de pandemia? Lo cierto es que las economías de más de medio mundo no viven tiempos de normalidad. Para algunos destacados economistas[49], el tiempo del COVID-19 es en gran parte uno de economía de guerra. En cuanto a la demanda, con la emergencia sanitaria, los medios necesarios (tests de diagnóstico, por ejemplo) han de asignarse en función de las necesidades sanitarias y sociales y no dejarse puramente a la disponibilidad a pagar de los consumidores y las empresas. La demanda de ciertos productos se halla distorsionada, los insumos necesarios para los mismos son escasos y hay urgencia extrema en obtenerlos. La completa descentralización en cuanto al qué y cómo producir en algunos sectores podría dar lugar a problemas de coordinación, altos costes de transacción y desabastecimiento.

Con todo, siguen plenamente vigentes dos de los objetivos rectores fundamentales de la competencia: asignar de forma eficiente los recursos y promover el bienestar de los consumidores. El escenario singular en que vivimos en relación con ciertos bienes y mercados puede llevar, no obstante, a excepcionar las reglas de los tiempos de normalidad, aconsejando tal vez soluciones que, de no ser por la excepcionalidad de la situación, serían heterodoxas.

No es ortodoxo, desde luego, que el Estado transfiera fondos al sector productivo en ausencia de fallos de mercado. Pero tal como hemos discutido en los apartados anteriores, estamos ante una emergencia sanitaria y económica. El cierre efectivo de buena parte de sectores productivos

[48] Matthew Jennejohn, Julian Nyarko y Eric L. Talley, "COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions", Working Paper, Columbia Law School (2020) (en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3577701); Albert Choi y George Triantis, "Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions", 119:5 *Yale Law Journal*, p. 848 (2010).
[49] Joshua Gans, Economics in the Age of the COVID-19, MIT Press (2020).

y lo incierto de la recuperación a corto plazo pone en riesgo la viabilidad de muchas empresas y, con ello, la destrucción de cadenas de valor y relaciones comerciales que ha costado mucho tiempo crear y consolidar. Estas relaciones son un activo intangible valiosísimo de nuestra economía. Para protegerlo, es esencial aliviar los problemas de liquidez de las empresas y reducir su riesgo de desaparición. Como hemos dicho con anterioridad, también es importante hacerlo de la forma más eficiente, apoyando prioritariamente a las primeras etapas de la cadena de valor, lo más cerca posible de la demanda, para evitar en lo posible impagos en cadena que terminen en insolvencias en cadena.

No obstante, los recursos son limitados y tenemos que dedicarlos a preservar las empresa que, pudiendo entrar en dificultades, sean aptas para generar más valor en el futuro. No parece, sin embargo, factible condicionar las ayudas a la viabilidad en el largo plazo del negocio. Por un lado, es difícil disponer de esa información, pues la Administración no está bien equipada para recabarla, desentrañarla y aplicarla. Además, las políticas públicas se han de ejecutar de forma no discriminatoria, lo que en este contexto pasaría por encontrar mecanismos no discriminatorios que seleccionen a las empresas en función de su futura rentabilidad.

Una vía para que los recursos públicos lleguen a los mejores planes de negocio es implicar en las decisiones y en la toma de riesgos al sector privado, haciendo que los recursos públicos se concentren en avalar o cofinanciar créditos del sistema financiero privado.

Otra medida potencialmente efectiva, con una ventaja adicional para frenar las cadenas de impagos y quiebras en las primeras etapas, es la de asignar los fondos a la demanda, y que la competencia entre las empresas consiga que llegue la mayor parte de los fondos a aquellas con mayor ventaja competitiva según las preferencias de los consumidores. En esta línea, Italia ha anunciado que apoyará a su sector turístico con deducciones fiscales. Pero no a sus empresas, sino a los turistas italianos que hagan uso de los servicios de estas.

Ayudar a los sectores que en el corto plazo se vean afectados por las suspensiones de actividad debidos a la pandemia no agota la función de intervención económica de los gobiernos. Les compete igualmente elaborar planes a medio y largo plazo para intentar que el crecimiento económico regrese pronto y de forma más sostenible. Sin duda, la incertidumbre sobre el contorno y contenido de estos planes es acentuada. En parte, porque no sabemos cómo será la nueva normalidad social y económica tras superar la emergencia sanitaria actual. Ignoramos también de cuantos fondos públicos se dispondrá y cuál será su coste.

Es cierto, sin embargo, que se están desempolvando en el debate económico términos que hacía mucho no se usaban, como reconversión y política industrial. Las motivaciones subyacentes son diversas.

Primero, es probable que algunos sectores productivos, como aerolíneas, ocio, turismo o educación, no recuperan fácilmente y a medio plazo los niveles de actividad previos al COVID 19 y tengan que acometer transformaciones.

Segundo, durante la crisis han fallado muy diversas cadenas de suministro y también lo ha hecho la provisión de algunos productos en el sector sanitario. Existe la impresión, además, de que los países con mejor y más amplio tejido industrial han contado con más herramientas para afrontar la crisis derivada de la escasez repentina de suministros clave.

Como consecuencia de ello, escucharemos a no dudar voces favorables a políticas globales de reindustralización de los países europeos. Este es un camino peligroso, pues las decisiones sobre las cadenas de producción de las empresas están dictadas por la lógica de la eficiencia en términos de calidad y coste. Si gran parte de la producción de nuestros productos se ubica en países asiáticos es porque estos son más eficientes que nosotros en la producción de componentes. Pero aunque un IPHONE esté fabricado en gran parte en Asia, el coste de ese producto manufacturado es aproximadamente un tercio de su valor, y EE.UU retiene dos terceras partes del mismo, porque aporta los activos y tareas de mayor valor añadido, como la marca, el diseño, o el software. En definitiva, parece mejor estrategia apostar por la carrera del conocimiento (que es la que aporta mayor valor) que intentar competir por una eficiencia en la fabricación casi imposible de alcanzar para una economía europea.

No creemos, pues, que sea una buena idea extender la apuesta industrial de forma generalizada a todos los sectores. Además, la dimensión europea de la cuestión es esencial. Muchos gobiernos de nuestro continente han comenzado a inyectar dinero en sus grandes empresas (Francia al grupo Renault; Holanda a KLM; Alemania a Adidas; Italia ha nacionalizado Alitalia). Si como consecuencia de la crisis resultante de la pandemia hay que modificar la capacidad de estos sectores, las autoridades de competencia europeas debieran mostrarse vigilantes para que estas ayudas no se conviertan en palancas para distorsionar las decisiones de localización de esas empresas. Si el control sobre ayudas de estado no fuera efectivo y se redujera sustancialmente la producción industrial de algunos países en favor de otros, podríamos estar abocados al equilibrio no cooperativo en el juego del dilema del prisionero. El equilibrio cooperativo en términos de comercio y bienestar que supone el mercado común europeo estaría en peligro.

Por último, los planes de impulso de la actividad de económica se van a producir en un contexto de cambio tecnológico, tanto en el terreno digital, como el ambiental. Van a proliferar las llamadas a que el sector público cofinancie proyectos industriales digitales y verdes. En el largo plazo, pasada la pandemia y sus secuelas inmediatas, conviene mantener la cabeza fría y calculadora del economista: las ayudas de estado a la industria debieran restringirse a casos justificados de fallos de mercado que las justifiquen. La historia de las ayudas públicas es un cementerio de elefantes blancos y megaproyectos fallidos.

Como recomienda el premio Nobel de Economía Jean Tirole[50], apliquemos un proceso analítico a las decisiones: identificar bien el fallo de mercado que impide al sector privado acometer la inversión; garantizar la neutralidad desde el punto de vista competitivo, implicar a expertos para la selección de los proyectos y a las universidades e investigadores en su ejecución; cofinanciar con el sector privado para reducir el riesgo de dispendio en espectaculares y costosos fuegos de artificio que no se revelan productivos.

7. Epílogo: la recuperación y los contratos

Cuando la tormenta -la emergencia sanitaria con su factura de contagios y muerte- haya pasado o, al menos, haya amainado, muchos países nos enfrentaremos a una acusada recesión

[50] Jean Tirole, "Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age", Working Paper, Toulouse School of Economics (2020).

económica, con sus secuelas de destrucción de empleo y desaparición de empresas. Habrá que pensar entonces en la recuperación y en los instrumentos que necesitaremos para que sea rápida y vigorosa.

Al contrario que en otros episodios históricos (la Guerra Civil en España; la Guerra Mundial en buena parte de Europa) tras la catástrofe no habrá que reedificar infraestructuras físicas. Lo que habremos perdido -vidas humanas y, luego, empleos y empresas- no es susceptible de reconstrucción. Pero las sociedades pueden recobrar su pulso económico y social y restaurar, con el tiempo, los niveles de bienestar humano perdidos para los que queden y los que vengan.

Para ello, las contribuciones del Derecho y de la Economía no son, creemos, secundarias. Deben ser capaces de contribuir a crear las condiciones para una recuperación sólida y acelerada. El canal de transmisión de los impulsos en una economía son los contratos que celebran los agentes económicos. Seguirán necesitando un buen derecho de contratos para mantener los canales limpios de interferencias y con capacidad de circulación de los bienes y servicios que transitan por ellos. Muchos de esos contratos, los que ya existen, se verán lastrados en parte no desdeñable por el triste legado de la crisis de salud y de la posterior crisis económica. Para resolver los problemas y los litigios que se susciten debemos emplear el mejor derecho de contratos que seamos capaces de pensar y aplicar. También con la cláusula *rebus*. Pero no una *rebus* de emergencia, sino una de normalidad. Una que atienda al impulso de la recuperación y no mire hacia atrás, a las cenizas de lo destruido.

InDret

2.2020

Comentario a las «Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications».

Idoia Elizalde Salazar
Universitat Pompeu Fabra
idoia.elizalde@upf.edu
-

Cada vez es más habitual que proporcionemos datos personales a terceros. Sin embargo, y a pesar de lo cotidiano de la comunicación, no siempre somos conscientes de estar dando a terceros datos sobre nuestra actividad que, al final, permiten identificarnos e identificar nuestras preferencias. Desconocemos qué datos estamos facilitando, a quién, con qué finalidad pueden estos utilizarlos, durante cuánto tiempo y si pueden estos traspasarlos a terceros, entre otras muchas cuestiones relevantes.

Es perentoria, por tanto, la necesidad de mejorar las normas legales que tienen por objeto la protección de los datos de las personas. En el año 2015, el legislador europeo aprobó el Reglamento 2016/679[1] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE , conocido como "Reglamento general de protección de datos" o GDPR por las siglas de su título en inglés (General Data Protection Regulation). Reglamento que derogó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos vigente hasta el momento.

La generación y cesión de datos personales es más intensa cuanto mayor sea el grado de tecnología que involucra una actividad. A la vez, cuando eso sucede, más probable es que el usuario carezca de control sobre los datos que proporciona o que no pueda evitar su cesión a terceros. Todo ello sucede, con una intensidad especial, en el vehículo conectado.

Un grupo de expertos en materia de protección de datos publicó el pasado mes de enero una guía sobre el tratamiento de los datos personales obtenidos por las aplicaciones de las que disponen los vehículos conectados y de los datos que el propio vehículo conectado puede generar. La "*Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications*"[2] (en adelante, "la guía") fue adoptada el pasado 28 de enero por el *European Data Protection Board*. Y desde el 7 de febrero hasta el 1 de mayo se ha abierto un plazo de

[1] DO L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES.

[2] European Data Protection Board, "Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020. Disponible en https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202001_connectedvehicles.pdf.

audiencia[3]. Durante este período han sido numerosas organizaciones las que han presentado comentarios a la guía[4] y en este trabajo doy razón a aquellas observaciones más relevantes que se han hecho a la propuesta de documento.

1. GDPR y Directiva e-Privacy

El GDPR es aplicable para cualquier dato personal procesado por el uso de un vehículo conectado (párrafo 9 de la guía). Es importante no confundir el GDPR con la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, conocida como "ePrivacy Directive", que regula el tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas. Según la guía la Directiva ePrivacy también es aplicable a los vehículos conectados y los dispositivos conectados a estos, por tener ambos la consideración de "equipo terminal" (párrafo 13). El art.5.3. de la Directiva ePrivacy exige el consentimiento del individuo cuando se pretende almacenar o acceder a información almacenada en el equipo terminal de dicho individuo, salvo que dicho almacenamiento o acceso se realice con el único fin de efectuar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o para la prestación de un servicio expresamente solicitado por el individuo. Para el resto de tratamiento de datos, el GDPR es aplicable.

No obstante, algunas entidades solicitan que se aclare la compatibilidad de la aplicación de estas dos normas. En especial sobre el tratamiento posterior de los datos obtenidos. La guía prevé que cuando los datos se recopilan sobre la base del consentimiento como lo requiere el art. 5.3 de la Directiva ePrivacy, solo puede procesarse si el controlador busca un consentimiento adicional para este otro propósito o si el controlador de datos puede demostrar que se basa en una ley de la Unión o del Estado miembro para salvaguardar los objetivos mencionados en el art. 23.1 GDPR. La guía considera que el procesamiento adicional, de acuerdo con el art. 6.4 GDPR, no es posible en estos casos ya que socavaría el estándar de protección de datos de la Directiva ePrivacy (párrafo 50). La GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, sin embargo, ha considerado que este planteamiento es incorrecto y que no es evidente hasta qué punto se socavaría el nivel de protección de la directiva de ePrivacy[5].

2. Ámbito de aplicación

La guía tiene por objeto aplicarse a aquellos datos personales obtenidos por vehículos conectados siempre que no sean para el uso profesional. Concretamente, a los datos procesados dentro del vehículo, los intercambiados entre el vehículo y dispositivos personales conectados al mismo como los teléfonos móviles y los recogidos dentro del vehículo y exportados a entidades externas

[3] Pueden realizarse comentarios mediante el formulario disponible en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-12020-processing-personal-data-context_en.

[4] *Ídem*. En la misma página web pueden consultarse los comentarios y valoraciones realizados por distintas entidades.

[5] GERMAN INSURANCE ASSOCIATION (DIE DEUTSCHEN VERSICHERER, GDV), "Comment of the German Insurance Association (GDV) on the EDPB Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020. Tambien, sobre la confusion de los párrafos 13-14, EUROPEAN AUTOMOTIVE AND TELECOMS ALLIANCE, "EATA response to EDPB Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020, pp. 1-3, p. 2.

como pueden ser los fabricantes de los mismos, las compañías aseguradoras o los servicios de reparación y mantenimiento (párrafo 19).

La guía define "vehículo conectado" de una manera amplía: vehículo equipado con unidades de control electrónico unidas entre sí mediante una red dentro del vehículo, así como instalaciones de conectividad que le permiten compartir información con otros dispositivos tanto dentro como fuera del vehículo (párrafo 20). Ejemplifica como aplicaciones de vehículos conectadas las aplicaciones de gestión de movilidad (párrafo 21), gestión del vehículo (párrafo 22), de seguridad vial (párrafo 23), de entretenimiento (párrafo 24), de asistencia al conductor (párrafo 25) o las aplicaciones para mejorar el bienestar del conductor (párrafo 26).

La guía remarca que solamente las aplicaciones de los móviles de los usuarios de los vehículos que aporten datos relacionados con la conducción están dentro de su ámbito de aplicación. Incluye, por tanto, el sistema de navegación GPS y excluye a las aplicaciones que sugieren sitios de interés como restaurantes, monumentos históricos, etc. (párrafo 27). Este punto no ha quedado exento de críticas. HERE TECHNOLOGIES, que desarrolla el servicio de mapas y geolocalización, considera que esta distinción podría provocar la incorrecta aplicación de las recomendaciones de la guía puesto que, muchas aplicaciones móviles recopilan datos de ubicación para sugerir puntos de interés y al mismo tiempo estas aplicaciones ofrecen la funcionalidad de navegación GPS para llegar allí. Consideran que únicamente las aplicaciones que den apoyo al funcionamiento del vehículo mediante datos aportados o recibidos por el vehículo conectado deberían estar dentro del ámbito de aplicación de la guía. Y, por ello, los servicios independientes de navegación GPS que usan los datos de un dispositivo móvil independiente al vehículo (posición GPS del móvil) deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de la guía[6].

La guía añade que gran parte de los datos generados por un vehículo conectado hacen referencia a una persona física identificada o identificable y, por lo tanto, constituyen datos personales (párrafo 28). Diferencia entre los datos que incluyen datos directamente identificables de los datos identificables indirectamente como los detalles de los viajes realizados, los datos de uso del vehículo o los datos técnicos del vehículo que, al hacer referencia cruzada con otros datos y especialmente con la matrícula del vehículo, pueden relacionarse con una persona física. Este párrafo 28, ha sido uno de los más criticados de la guía en relación al trato que debería darse a la matrícula del vehículo. Son varias las organizaciones que han considerado que la matrícula, por si misma, no identifica y no que no tiene por qué conducir a la identificación del individuo. BELRON, una compañía de reparación y mantenimiento de vehículos para la cual la matrícula de los vehículos es de gran utilidad, expresa que la matrícula les permite obtener piezas para los vehículos y para realizar verificaciones de calidad[7]. Y que al no conducir a la identificación del individuo no debería de tratarse la matrícula como dato personal en todos los casos. En la misma línea, WEJO LDT., una empresa especializada en la conectividad de vehículos insiste en que existen herramientas, como "squish", para impedir identificar al usuario final de un vehículo mediante la matrícula. Consiste en facilitar únicamente parte de la matrícula e impedir, de esta

[6] HERE TECHNOLOGIES, "Comments on EDPB Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020, pp 1-6, p.6.

[7] BELRON, "Submission to the EDBP guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020, pp. 1-4, p.1-2.

manera, que el vehículo o el conductor sean identificados[8]. O HERE TECHNOLOGIES plantea la posibilidad de anonimizar o pseudoanonimizar datos como la matrícula del vehículo[9].

La guía afirma también que cualquier información que pueda asociarse con una persona física entra en el alcance de este documento (párrafo 28). Afirmación que también ha sido criticada porque existen datos asociados a una persona física que pueden incluir datos que no son expresa o indirectamente a cerca de ellos. Es por ello por lo que RSA INSURANCE GROUP recomienda en sus comentarios a la guía que la definición de datos personales tenga el alcance restringido establecido en el art. 4 GDPR[10]. Todas estas organizaciones comparten la idea de que no todos los datos generados en o por un vehículo conectado, aunque sí la mayoría, son datos personales y agradecen que la guía así lo haya considerado. La FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE L'AUTOMOBILE y las organizaciones que forman parte de ella van incluso un poco más lejos. No es que la mayoría de los datos son personales, sino que todos lo son a excepción de que sean anonimizados, en cuyo caso la regulación europea sobre protección de datos ya no es aplicable ("not most, but all data in connected vehicles qualify as personal data unless anonymized")[11].

Finalmente, añadir que la FEDERATION OF EUROPEAN MOTORCYCLISTS' ASSOCIATIONS ha considerado que el ámbito de aplicación no es suficiente claro en relación a los vehículos de dos ruedas, entre otros[12]. Exponen que en ocasiones la guía utiliza el término "vehículo conectado" y en otras "coche conectado". Solicitan que en el próximo borrador se aclare si solamente los vehículos de categoría M1 están dentro del ámbito de aplicación de la guía o también los vehículos del resto de categorías como L, N1, M2, N2. Remarcan que ya existen motocicletas conectadas. Sugieren que se incluya explícitamente en el ámbito de aplicación de la guía a las motocicletas y al resto de vehículos de categoría L.

2.1. Exclusiones

La guía ha excluido del ámbito de aplicación los datos que se obtienen por el uso de vehículos conectados por los empleados de una empresa que los pone a disposición de sus trabajadores para el desarrollo de la actividad empresarial (párrafo 31). Datos que permiten al empleador supervisar la actividad de sus empleados como la verificación del tiempo de trabajo. El procesamiento de estos datos tendría que resolverse mediante leyes nacionales de carácter laboral.

---

[8] WEJO LTD., "Submissions to the European Data Protection Board in connection with Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020, pp.1-4, p. 2.

[9] HERE TECHNOLOGIES, *ob cit.,* p. 2.

[10] RSA INSURANCE GROUP, "EDPB Draft Guidelines on the Processing of Personal Data in the Context of Connected Vehicles", 2020, pp. 1-5, p.3.

[11] FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE L'AUTOMOBILE, "European Data Protection Board consultation on the Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications, 2020, pp.1-3, p. 1; GENERAL GERMAN AUTOMOBILE CLUB (ALLGEMEINER DEUTSCHER AUTOMOBIL-CLUB E.V.; ADAC) , p.1; FEDERATION OF DANISH MOTORISTS (FORENEDE DANSKE MOTOREJERE; FDM), P.1; AUSTRIAN AUTOMOBILE, MOTORCYCLE, AND TOURING CLUB (ÖSTERREICHISCHER AUTOMOBIL-, MOTORRAD- UND TOURINGSCLUB; ÖAMTC) , p. 1.

[12] FEDERATION OF EUROPEAN MOTORCYCLISTS' ASSOCIATIONS, "View of FEMA on the EDPB Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020, p.1.

La guía ha excluido también vehículos sujetos a sistemas que incorporan información digital por trasmisiones de radio FM convencionales (*radio-enabled system*) mediante Wifi o Bluetooth. Excluye, a gran escala, también, el tratamiento de los datos obtenidos mediante una extensa red Wifi a la que muchos transeúntes hacen uso de servicios de localización (párrafo 32). Comparto con la SWEDISH TRANSPORT AGENCY que el contenido de este párrafo no es sencillo de entender y que debería ser reescrito[13]. De hecho, la SWEDISH TRANSPORT AGENCY considera que todo este apartado ("*Out of scope of this document*"), y no solamente el párrafo 32, es confuso y que debería volver a redactarse[14]. Otras organizaciones, como la EUROPEAN AUTOMOTIVE AND TELECOMS ALLIANCE, también han considerado que sería preciso aclarar algunos aspectos de este apartado[15].

La guía excluye también aquellos sistemas que recopilan datos mediante imágenes como los sistemas de cámara para aparcar o las cámaras interiores del vehículo que graban continuamente el exterior del vehículo mientras este circula (conocidas como *dashcam*). La exclusión se justifica en que estas filmaciones se producen en lugares públicos y que la regulación sobre protección de datos obtenidos en espacios públicos compete a cada estado miembro (párrafo 33).

Finalmente, excluye los datos obtenidos por sistemas cooperativos de transporte inteligentes (conocidos como C-ITS por sus siglas en inglés *Cooperative Intelligent Transport Systems*) (párrafo 34). Sin embargo, la SWEDISH TRANSPORT AGENCY apunta que otros párrafos de la guía sí son aplicables a los C-ITS. Insiste, por ello, que el apartado de exclusiones de la guía debería ser revisado[16].

3. Definiciones

La guía define los conceptos de tratamiento de datos (párrafo 36), persona interesada (párrafo 37), controlador de datos (párrafo 38), procesador de datos (párrafo 39) y receptor (párrafo 40) y hace especial mención a las autoridades públicas que actúan como receptoras (párrafo 41).

De estas, la más criticada ha sido la que define al interesado. En su tenor literal:

> "The data subject is the natural person to whom the data covered by the processing relate. In the context of connected vehicles, it can, in particular, be the driver (main or occasional), the passenger, or the owner of the vehicle".

La FEDERACIÓN AUTOMOVILÍSTICA DANESA propone añadir como persona interesada al usuario del vehículo[17]. Sin embargo, otras organizaciones han considerado que la definición de persona es demasiado amplia. RSA INSURANCE GROUP sugiere eliminar al pasajero de la definición por considerar difícil obtener el consentimiento de este[18]. O WEIJO LTD. sugiere, incluso, eliminar de la definición al propietario del vehículo, por considerar que en la mayoría de los casos los datos personales que se generarán por el uso del vehículo conectado serán referentes al conductor o al

[13] SWEDISH TRANSPORT AGENCY, "Comments on Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", 2020, p.1.

[14] *Ídem*.

[15] European Automotive and Telecoms Alliance, *ob cit.*, p. 2.

[16] Swedish Transport Agency, *op.cit,* p.1.

[17] Federation of Danish Motorists, *op cit.,* p. 1.

[18] RSA INSURANCE GROUP, *op. cit.,* p. 4.

pasajero y que el propietario, en la mayoría de los supuestos, coincidirá con uno de estos[19]. WEIJO LDT. añade que para los casos en los que el propietario no sea conductor o pasajero, como sucede con las compañías de flotas, no supondría problema porque estas tienen mejor cabida bajo la definición de controlador de datos.

Otras han sugerido que la guía debería remarcar más la diferencia entre controlador y procesador de datos[20].

4. Principales riesgos como resultado de la conectividad de los vehículos

La guía identifica principalmente cinco tipos de riesgos derivados de:

1. La falta de control y la información asimétrica entre los distintos sujetos afectados
2. La calidad del consentimiento de los usuarios
3. El uso de los datos para tratamientos ulteriores
4. La recogida de datos en exceso
5. La seguridad de los datos

4.1. Información asimétrica

Los conductores y pasajeros del vehículo no siempre están bien informados sobre el tratamiento de los datos proporcionados en o mediante el vehículo conectado. Es destacable que según la guía la información se puede proporcionar solo al propietario del vehículo, que puede no ser el conductor. Existe, por lo tanto, el riesgo de que no se ofrezcan opciones suficientes para que todas las personas afectadas puedan ejercer sus derechos de protección de datos y privacidad. Téngase en cuenta que los vehículos conectados pueden permanecer a distintos propietarios a lo largo de su vida útil (párrafo 44).

Añade que la comunicación en el vehículo se puede activar automáticamente, por defecto, sin que el individuo lo sepa. Y que en ausencia de poder controlar eficazmente cómo interactúan el vehículo y su equipo conectado es muy difícil que el usuario controle el flujo de datos (párrafo 45).

INSURANCE EUROPE, de acuerdo con que estos riesgos existen en los casos de dispositivos integrados en el vehículo, sugiere que en el próximo borrador se especifique que, por el contrario, no existe asimetría de información o falta de control sobre los datos cuando se haya contratado un seguro basado en el uso (*built-in systems vs. usage-based insurance*). En estos casos, el cliente instala un dongle en el automóvil o en su dispositivo móvil y consecuentemente, el cliente sabe si su asegurador está recopilando datos o no. Además, si el vehículo se vendiera no se crearía una situación de falta de control, ya que la póliza de seguro del propietario anterior se rescinde automáticamente[21].

[19] WEJO LTD., *op cit.,* p. 2.

[20] HERE TECHNOLOGIES, *op.cit.,* p.5.

[21] INSURANCE EUROPE, "Response to EDPB draft guidelines on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related Applications", 2020, pp.1-7, p. 1.

4.2. Consentimiento como base legal

Según la guía el consentimiento (párrafo 46-49):

- Tiene que ser libre, específico e informado
- Los controladores de datos deben prestar especial atención a las modalidades para obtener el consentimiento válido de diferentes participantes, como los propietarios o usuarios de automóviles.
  Los mecanismos clásicos utilizados para obtener el consentimiento de las personas pueden ser difíciles de aplicar en el contexto de los vehículos conectados, lo que resulta en un consentimiento de "baja calidad" basado en la falta de información o en la imposibilidad fáctica de proporcionar un consentimiento ajustado de acuerdo con las preferencias expresadas por los individuos. En la práctica, el consentimiento también puede ser difícil de obtener para los conductores y pasajeros que no están relacionados con el propietario del vehículo en el caso de vehículos de segunda mano, arrendados, alquilados o prestados.
- Debe proporcionarse por separado, para fines específicos. No puede incluirse en el contrato para comprar o arrendar un auto nuevo.
- El consentimiento debe retirarse tan fácilmente como se da.

Algunas entidades como la GERMAN INSURANCE ASSOCIATION o TELEFÓNICA S.A. consideran que la guía centra demasiada atención al consentimiento como base legal y que quizás debería centrar más atención a otros fundamentos legales como el contrato o el legítimo interés[22].

También la GERMAN INSURANCE ASSOCIATION y otras como la EUROPEAN AUTOMOTIVE AND TELECOMS ALLIANCE consideran que obtener el consentimiento de cada uno de los participantes del uso del vehículo no seria práctico. Así como que el principio de poder retirar el consentimiento tan fácil como se da podría ser de difícil o imposible implementación en el vehículo conectado en muchos casos[23].

4.3. Tratamientos ulteriores

La guía recuerda que el consentimiento inicial nunca legitimará un procesamiento posterior ya que el consentimiento debe ser informado y específico para ser válido (párrafo 51).

4.4. Datos en exceso

Cada vez se implementan más en los vehículos conectados y consecuentemente existe un riesgo muy alto de recopilación de datos excesiva en comparación con lo que es necesario para lograr el propósito (párrafo 54).

El desarrollo de nuevas funcionalidades y más específicamente las basadas en algoritmos de aprendizaje automático pueden requerir una gran cantidad de datos recopilados durante un largo período de tiempo (párrafo 55).

---

[22] GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, *ob cit.,* p. 6; TELEFÓNICA S.A., "Comments on EDPB Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles", 2020, pp. 1-5, pp. 1-2.

[23] German Insurance Association, *ob cit.,* p.6 ; European Automotive and Telecoms Alliance, *ob cit.,* p.2.

4.5. Seguridad de los datos

La pluralidad de funcionalidades, servicios e interfaces que ofrecen los vehículos conectados aumenta la superficie de ataque y, por lo tanto, la cantidad de vulnerabilidades potenciales a través de las cuales los datos personales podrían verse comprometidos. A diferencia de la mayoría de los dispositivos con internet de las cosas (IoT), los vehículos conectados son sistemas críticos donde una violación de seguridad puede poner en peligro la vida de sus usuarios y la gente de alrededor. Por ello, la importancia de abordar el riesgo de que los "piratas informáticos" intenten explotar las vulnerabilidades de los vehículos conectados (párrafo 56).

Además, los datos personales almacenados en vehículos y / o en ubicaciones externas pueden no estar adecuadamente protegidos contra el acceso no autorizado. La guía pone como ejemplo, la posibilidad de que un técnico que requiere de acceso a algunos datos durante el mantenimiento de vehículo pueda intentar acceder a todos los datos almacenados en el vehículo (párrafo 57). Este ejemplo preocupa a BELRON[24], una empresa de reparaciones, por considerar que este riesgo también existe en el mundo analógico y no solo en el conectado.

5. Tipos de datos

La guía ha identificado tres categorías de datos personales que requieren atención especial:

1. Datos de ubicación
2. Datos biométricos
3. Datos que pueden revelar delitos o infracciones de tráfico.

5.1. Datos de ubicación (localización, geolocalización)

Al recopilar datos personales, los fabricantes de vehículos y equipos, los proveedores de servicios y otros controladores de datos deben tener en cuenta que los datos de geolocalización revelan particularmente los hábitos de vida de los interesados (lugar de trabajo y residencia, centros de interés del conductor, la religión a través del lugar de culto, o orientación sexual a través de los lugares visitados...). En consecuencia, estos deben estar particularmente atentos para no recopilar datos de ubicación, excepto si es absolutamente necesario para el procesamiento. Pone como ejemplo que estos prescindan de recopilar datos de ubicación cuando su objetivo sea detectar el movimiento del vehículo, puesto que mediante un giroscopio ya pueden cumplir esa función (párrafo 60).

Este apartado de la guía (*2.1.1. Geolocation data*) ha sido uno de los más criticados, o sugeridos a reformular, en los comentarios que las distintas organizaciones han presentado durante el período de consultas públicas.

WEJO LTD. sugiere que se introduzca en la Sección Segunda de la guía, sobre definiciones, una para "Geolocation data"[25]. Añade que sería preciso también que en la guía se explicara cual es la diferencia entre el término "geolocation data" y "location data" que incorrectamente se usa

[24] BELRON, *op. cit.*, p.2.

[25] WEJO LTD., *op. cit.*, p. 3.

indistintamente en la guía. Sugiere que la guía utilice el término "location data" en las líneas definidas en Privacy and Electronic Communications Regulations. Añade, incluso, que la guía debería especificar que los datos de ubicación no son *per ser* datos personales.

Por otra parte, el asesor de protección de datos de HUAWEI BELGIUM, el Sr. ZHANG MIAO FRANK, y en la misma línea HERE TECHNOLOGIES, sugieren que la excepción "cuando sea absolutamente necesario" es demasiado amplia y que debería aclararse o detallarse[26].

En general, la recopilación de datos de geolocalización también está sujeta al cumplimiento de los siguientes principios (párrafo 61):

- Configurar adecuadamente la frecuencia de acceso y nivel de detalle de los datos de geolocalización
- Facilitar información detallada sobre la finalidad del tratamiento
- Cuando el procesamiento se basa en el consentimiento, obtener un consentimiento válido y separo de las condiciones generales de uso del vehículo
- Activar la geolocalización únicamente cuando se use la aplicación que la requiere y no por defecto y de forma continua al arrancar el vehículo
- Informar al usuario de que la geolocalización esta activada mediante iconos
- Ofrecer una opción sencilla para desactivar la geolocalización en cualquier momento
- Definir un periodo de conservación limitado

Principios que tampoco han quedado exentos de sugerencias de mejora en los comentarios presentados.

INSURANCE EUROPE, RSA INSURANCE GROUP y la GERMAN INSURANCE ASSOCIATION hacen hincapié en que la guía debería tener en cuenta el funcionamiento de los seguros telemáticos[27]. Para estos, no siempre es necesario procesar datos de geolocalización, pero se recopilarán y usarán en el caso de una consulta relacionada con un accidente o robo, por ejemplo. Añaden que la posibilidad de desconectar en cualquier momento los datos de ubicación dejan sin sentido este tipo de seguros que precisamente se basan en los datos recopilados. Remarcan que este tipo de seguros son elegidos por los propios clientes y que la capacidad de desactivar los datos podría entenderse como un incumplimiento del contrato celebrado con su asegurador. Sugieren una revisión de estos principios para que puedan ser compatibles con este tipo de seguros.

HERE TECHNOLOGIES considera que pretender que únicamente se active solo cuando el usuario inicie una funcionalidad que requiera que se conozca la ubicación del vehículo, y no de manera predeterminada cuando se enciende el automóvil, es inviable en la práctica para determinados servicios como el servicio de advertencias de peligro en la carretera. Considera que estos requisitos demasiado engorrosos harían poco atractivos estos servicios para los clientes, disminuiría sus beneficios e impactaría negativamente en el desarrollo de servicios basados en datos. Expone que la mayoría de los servicios que ellos ofrecen están orientados a brindar servicios en un contexto de ubicación sin identificando al usuario final. Cuando los datos

[26] FRANK, ZhangMiao. DPO Office in Belgium Huawei, p.1; HERE TECHNOLOGIES, *op.cit.*, p.4.

[27] INSURANCE EUROPE, *op.cit.,*p. 3-4; RSA INSURANCE GROUP, *op.cit.*, p.3; GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, *op.cit.,* p. 8-9.

personales pueden estar involucrados aplican técnicas de pseudonimización[28] para reducir la identificabilidad directa de los datos relacionados con los individuos. Insiste en que los principios que rigen los datos de geolocalización no deben ser demasiado estrictos si se quiere garantizar la continuidad de determinados servicios al conductor[29].

5.2. Datos biométricos

En el contexto de los vehículos conectados, los datos biométricos se pueden utilizar, entre otras cosas, para permitir el acceso a un vehículo, para autenticar al conductor / propietario y / o para permitir el acceso a las configuraciones y preferencias del perfil del conductor. Para el uso de este tipo de datos es necesario prever una alterativa no biométrica (como una llave física o un código) sin restricciones adicionales (el uso de la biometría no debería ser obligatorio).

En el caso de los datos biométricos, es importante asegurarse de que la solución de autenticación biométrica sea lo suficientemente confiable, en particular cumpliendo con los siguientes principios (párrafo 63):

- Adecuar e implementar medidas de seguridad necesarias en base a las características de la aplicación o sensor
- Asegurarse de que la aplicación o sensor utilizado es resistente a ataques de terceros
- Limitar el número de intentos de autenticación
- Almacenar en el vehículo de forma encriptada la plantilla biométrica
- Solamente utilizar en tiempo real, sin ni siquiera almacenar, la información que compone la plantilla biométrica y la autenticación del usuario

5.3. Datos que pueden revelar delitos o infracciones de tráfico

Los datos personales de los vehículos conectados pueden revelar la comisión de un delito u otra infracción. Por ello la guía los sujeta a restricciones especiales. Por ejemplo, la velocidad instantánea de un vehículo combinada con datos precisos de geolocalización podría considerarse información relacionada con el delito. Como resultado, el procesamiento de dichos datos solo puede llevarse a cabo bajo el control de la autoridad oficial o cuando el procesamiento esté autorizado por la legislación de la Unión o del Estado miembro que establezca las garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados, como se establece en el art. 10 GDPR. La guía considera que la velocidad no es *per se* información relacionada con el delito, ya que no revela por sí sola un delito dado que las restricciones de velocidad varían según la ubicación (párrafo 64).

La recopilación de este tipo de datos de está sujeta al cumplimiento de los siguientes principios (párrafo 65):

- Procesamiento local
- Por regla general, el procesamiento externo de datos que revelan delitos penales u otras infracciones está prohibido.

[28] Sobre la diferencia entre la anonimización y la pseudonimización, véase el apartado "6.3.2. Anonimización y pseudonimización" del presente comentario.

[29] HERE TECHNOLOGIES, *op.cit*, p.4-5.

- Establecer medidas de seguridad estricta para ofrecer protección al interesado.

La RSA INSURANCE GROUP expone, sin embargo, que los vehículos conectados y los dispositivos telemático recopilan datos sobre la velocidad conducida y la contrastan con el límite de velocidad de la carretera[30]. Es una función fundamental para los seguros telemáticos en los que el asegurador tiene en cuenta la conducta del conductor. Y considera que si la guía se publica como está redactada actualmente, podría erosionar la capacidad de las aseguradoras para proporcionar estos tipos de seguros. Sugiere que se amplíe en este sentido la recomendación de la guía para permitir a las aseguradoras procesar este tipo de datos y que puedan cumplir con los propósitos de una póliza de seguro conectada y telemática.

6. Principios generales de protección de datos

6.1. Limitación de la finalidad

Los datos personales pueden procesarse para una amplia variedad de propósitos en relación con los vehículos conectados, incluida la seguridad del conductor, los seguros, el transporte eficiente, el entretenimiento o los servicios de información (párrafo 66).

De acuerdo con el GDPR, los controladores de datos deben asegurarse de que sus propósitos sean "especificados, explícitos y legítimos", que no se procesen de manera incompatible con esos propósitos y que exista una base legal válida para su procesamiento (párrafo 66).

La venta de un vehículo conectado y el consiguiente cambio de propiedad también deberían provocar la eliminación de cualquier dato personal, que ya no es necesario para los fines especificados (párrafo 89).

6.2. Principio de minimización

Para cumplir con los principios de minimización de datos, los fabricantes de vehículos y equipos, los proveedores de servicios y otros controladores de datos deben prestar especial atención a las categorías de datos que necesitan de un vehículo conectado, ya que solo recopilarán datos personales que sean relevantes y necesarios para el procesamiento (párrafo 67).

WEJO LDT., aunque de acuerdo con que se debe prestar especial atención a la categoría de datos recopilados de un vehículo conectado, considera que el ejemplo que utiliza la guía sobre los datos de ubicación ("los datos de ubicación solo deben recopilarse si es absolutamente necesario para el procedimiento") exagera el riesgo asociado a este tipo de datos. Considera que debería de incluirse un ejemplo más genérico vinculado a los campos de uso de la industria y no algo tan específico[31].

[30] RSA Insurance Group, *op.cit.,* p.3.

[31] WEJO LTD, *op.cit.*, pp. 3-4.

6.3. Privacidad desde el diseño y por defecto

Se remite a los requisitos establecidos en el art. 25 GDPR. Las tecnologías deben estar diseñadas para minimizar la recopilación de datos personales, proporcionar configuraciones predeterminadas protectoras de la privacidad y garantizar que los interesados estén bien informados y tengan la opción de modificar fácilmente las configuraciones asociadas con sus datos personales. Plantea que una guía específica sobre cómo los fabricantes y proveedores de servicios pueden cumplir con la protección de datos por diseño y por defecto podría ser beneficiosa para la industria (párrafo 68).

Enumera tres prácticas que podrían ayudar a mitigar los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas asociadas con los vehículos conectados:

- Tratamiento local de los datos personales
- Anonimización y pseudonimización de los datos personales
- Evaluación de impacto

6.3.1. Tratamiento local de los datos personales

En la medida de lo posible se debe evitar la cesión de datos fuera del vehículo. Se remite, en gran parte, al GDPR.

6.3.2. Anonimización y pseudonimización

Si los datos deben abandonar el vehículo, se debe considerar anonimizarlos antes de transmitirlos. La guía recuerda que los principios de protección de datos no se aplican a la información anónima. La información que no se relaciona con una persona física identificada o identificable o con datos personales que se convierten en anónimos de tal manera que el sujeto de datos ya no es identificable. Una vez que un conjunto de datos es verdaderamente anónimo y las personas ya no son identificables, la ley europea de protección de datos ya no se aplica. Como consecuencia, el anonimato, cuando sea relevante, puede ser una buena estrategia para mantener los beneficios y mitigar los riesgos en relación con los vehículos conectados (párrafo 76).

En el dictamen adoptado en abril de 2014 por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre técnicas de anonimato, se detallan medios, a veces en combinación, para alcanzar el anonimato de datos. Otras técnicas como la pseudonimización pueden ayudar a minimizar los riesgos generados por el procesamiento de datos, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, los datos directamente identificables no son necesarios para lograr el propósito del procesamiento. La pseudonimización consiste en reemplazar directamente los datos personales identificables por un pseudónimo no significativo. La pseudonimización es reversible, a diferencia del anonimato, y por tanto, está protegida por el GDPR (párrafo 77).

6.3.3. Evaluación de impacto

Los participantes de la industria deberán realizar una evaluación de impacto de protección de datos para identificar y mitigar los riesgos como se detalla en los arts. 35 y 36 GDPR (párrafo 79).

7. Derechos del interesado

7. 1. A estar informado

Antes del procesamiento de datos personales, el interesado deberá ser informado de, al menos, (párrafo 80):

- la identidad del controlador de datos
- el propósito del procesamiento,
- los destinatarios de los datos,
- el período durante el cual los datos serán almacenados
- y los derechos del sujeto de datos bajo el GDPR
- Otros que la guía especifica (párrafo 81)

La guía especifica sobre qué tendrá que estar informado el interesado, además de lo anterior, cuando los datos personales no se recopilan directamente de la persona interesada. Por ejemplo, un fabricante de vehículos puede querer utilizar los datos sobre el propietario del vehículo recopilados por el concesionario a fin de ofrecer un servicio de asistencia en carretera de emergencia (párrafo 82). También sobre qué tendrá que estar informado en caso de que los datos sean tratados por un nuevo controlador de datos, por ejemplo, si cruzan fronteras (párrafo 83). Sobre estos apartados, la RSA INSURANCE GROUP, que aunque comparte la importancia de proteger los datos de los interesados, insiste en que estos procedimientos deberían ser prácticos y sencillos puesto que son múltiples controladores de datos los que prestan servicios a los vehículos conectados[32].

Propone la guía distinguir la información dirigida a los interesados en dos capas, separando dos niveles de información. Por un lado, la información de primer nivel, que es la más importante para los interesados y, por otro lado, la información presumiblemente de interés en una etapa posterior (párrafo 84). Añade que se podrían usar íconos estandarizados además de la información necesaria para mejorar la transparencia al reducir potencialmente la necesidad de presentar grandes cantidades de información escrita a un interesado (párrafo 88).

La GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, en relación con las dos capas de información, opina que se tiene que proporcionar demasiada información en el primer nivel y no entiende por qué los derechos del interesado deben describirse en este primer nivel[33]. Considera que debería bastar con informar a los interesados sobre la existencia de sus derechos sobre protección de datos y consultar la segunda etapa para obtener más información.

7..2. Derecho a interrumpir o retirar el consentimiento en cualquier momento.

Deben facilitarse mecanismos que permitan al interesado ejercer de forma efectiva sus derechos de protección de datos. En particular, su derecho de acceso, rectificación, eliminación, restricción del procesamiento y, según la base legal del procesamiento, su derecho a la portabilidad de los datos y su derecho a objetar (párrafo 87).

[32] RSA Insurance Group, *ob cit.,* p. 4.

[33] German Insurance Association, *ob cit.,* p. 10.

7.3. Sistema de gestión de perfiles

Para facilitar las modificaciones de la configuración, debe implementarse un sistema de gestión de perfiles dentro del vehículo para almacenar las preferencias de los conductores conocidos y ayudarlos a cambiar fácilmente su configuración de privacidad en cualquier momento. El sistema de gestión de perfiles del vehículo debe centralizar todas las configuraciones de datos cada uno de los perfiles para facilitar el acceso, rectificación y eliminación de datos personales de los sistemas del vehículo a solicitud del interesado. Se debe permitir a los conductores detener la recopilación de ciertos tipos de datos, temporal o permanentemente, en cualquier momento, excepto si una legislación específica establece lo contrario o si los datos son esenciales para las funciones críticas del vehículo (párrafo 88).

Sobre este último aspecto, la ha mostrado su disconformidad sobre que los interesados puedan interrumpir la recopilación de datos en cualquier momento[34]. No se ha tenido en cuenta, de nuevo, los seguros telemáticos en el momento de su redacción.

8. Seguridad y confidencialidad

Los fabricantes de vehículos y equipos, los proveedores de servicios y otros controladores de datos deberán establecer medidas que garanticen la seguridad y confidencialidad de los datos procesados y tomar todas las precauciones útiles para evitar que una persona no autorizada tome el control. La guía enumera las medidas que los participantes de la industria deberían considerar (párrafo 90). Y enumera otra lista de medidas destinada específicamente a los fabricantes de vehículos (párrafo 91).

9. Transmisión de datos a terceros

En principio, solo el controlador de datos y el interesado tienen acceso a los datos generados por un vehículo conectado. Sin embargo, el controlador de datos puede transmitir datos personales a un tercero, siempre que dicha transmisión se base en una de las bases legales establecidas en el art. 6 GDPR (párrafo 93).

El fabricante del vehículo, el proveedor de servicios u otro controlador de datos puede transmitir datos personales a un procesador de datos seleccionado para desempeñar un papel en la prestación del servicio al interesado, siempre que el procesador de datos no use esos datos para su propio propósito. Los controladores y procesadores de datos elaborarán un contrato u otro documento legal que especifique las obligaciones de cada parte y establezca las disposiciones del art. 28 GDPR (párrafo 94).

En vista de la posible sensibilidad de los datos de uso del vehículo, la guía recomienda que el consentimiento del interesado se obtenga sistemáticamente antes de que sus datos se transmitan a un tercero que actúe como controlador de datos. El tercero se hace responsable de los datos que recibe y está sujeto a todas las disposiciones del GDPR (párrafo 95).

[34] *Ídem,* p. 11.

Y una última mención especial para cuando los datos personales se transfieren fuera del Espacio Económico Europeo. Se prevé salvaguarda adicional para garantizar la protección de los datos (párrafo 96).

10. Estudio de casos

La guía ha ejemplificado distintos supuestos en los que se podría aplicar y en los que detalla la cual es la finalidad, la categoría de los datos recolectados, el periodo de retención según el tipo de dato, los derechos del sujeto interesado, las medidas de seguridad que deben ser implementadas y los terceros con los que se compartirán los datos personales tratados.

Concretamente ha previsto siete casos prácticos que versan sobre:

a. La modalidad de póliza *"Pay as you drive (PAYD)",*
b. El alquiler y reserva de plazas de aparcamiento,
c. El sistema de llamadas de emergencia "eCall",
d. Accidentología,
e. Medidas antirrobo y
f. La información almacenada en coches de alquiler.

Y aunque los expertos coinciden en que este apartado de la guía es de gran utilidad, muchos coinciden también en que hay algunos errores conceptuales en ellos o echan en falta que se hayan ejemplificado también otros supuestos en los que la guía será de gran aplicación.

EUROPEAN INSURANCE y la GERMAN INURANCE ASSOCIATION sugieren una revisión del primer estudio de caso sobre el tipo de póliza "Pay as you drive (PAYD)"[35]. La definición y el análisis que hace la guía sobre este tipo de pólizas más bien se refiere a una "Pay how you drive (PHYD)". Y afirmaciones como que las pólizas telemáticas no son servicios de la sociedad de la información son incorrectas (párrafo 105)[36].

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, despacho de abogados que asesora a la empresa de alquiler de vehículos SIXT SE., sugiere una revisión del último estudio de caso sobre la información almacenada en los coches de alquiler[37].

Otras sugieren incorporar un supuesto que afecte a los servicios de reparación y mantenimiento ya que aparecen en varias ocasiones a lo largo de la guía[38]. Y otras proponen añadir algún caso práctico que sea aplicable a los fabricantes de los vehículos conectados[39].

---

[35] EUROPEAN INSURANCE, *ob cit.,* p. 6; GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, *ob cit.,* p. 13.

[36] EUROPEAN INSURANCE, ob cit., p. 6; GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, *ob cit.,* p. 12; RSA INSURANCE GROUP, *ob cit.,* p.1

[37] FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, "Memorandum The first Draft of the European Data Protection Board (EDPB) of the "Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications", pp. 1-8.

[38] BELRON, *ob cit,* p.3; FEDERATION OF DANISH MOTORISTS, *ob cit.,* p. 4.

[39] GERMAN INSURANCE ASSOCIATION, *ob cit.,* p. 13.

11. Conclusiones

La guía publicada es, sin duda, muy útil. Demuestra claramente un interés por parte de la Unión Europea por proteger los intereses de los consumidores ante el creciente uso de dispositivos conectados.

A lo largo del trabajo he mencionado algunas de las críticas o sugerencias de mejora que algunas entidades han presentado durante el primer periodo de consultas públicas que finaliza el próximo 1 de mayo. Algunas, bajo mi parecer, sencillas de incluir o de reformular y otras, no tanto. No obstante, remarco que en estos comentarios se manifiesta también en muchas ocasiones el apoyo al contenido de la guía. Cabe ahora esperar la reacción del grupo de trabajo a los comentarios recibidos.

InDret
2.2020

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona
miriam.anderson@ub.edu
-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (desembre 2019 – març 2020)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 19 de desembre de 2019 i de 12 de març de 2020

Sumario

-

Comentari a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 19 de desembre de 2019 (discordança entre la descripció de la finca al registre i a les certificacions d'habitabilitat, cadastral, d'eficiència energètica i de despeses de comunitat) i de 12 de març de 2020 (compravenda i drets de tanteig i retracte de l'Administració: manca de notificació a l'Ajuntament).

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities dated 19 December 2019 (discrepancies between the description of the property in the Land registry and in the certificates attached to the deed of conveyance) and 12 March 2020 (administrative rights of first refusal in the sale of property: the local council had not been given notice of the transaction).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities (December 2019 – March 2020)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, descripció de la finca, drets de tanteig i retracte, notificació, habitatge social, frau de llei.
Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, description of the property, rights of first refusal, notice, social housing, fraudulent evasion of the law.*

-

Índex

-

1. Resolució de 19 de desembre de 2019 (JUS/3601/2019; DOGC núm. 8039, de 10.1.2020). Discordança entre la descripció de la finca al registre i a les certificacions d'habitabilitat, cadastral, d'eficiència energètica i de despeses de comunitat

1.1. Introducció

1.2. La qüestió competencial

1.3. La descripció de la finca als certificats i al Registre

1.4. L'acreditació del pagament de l'impost

1.5. Consideracions finals

2. Resolució de 12 de març de 2020 (JUS/743/2020; DOGC núm. 8090, de 20.3.2020). Compravenda i drets de tanteig i retracte de l'Administració: manca de notificació a l'Ajuntament

2.1. Introducció

2.2. El dret d'adquisició preferent en la comunitat ordinària

2.3. Els diversos drets d'adquisició preferent de l'Administració

2.4. L'alienació de quota i els drets de tanteig i retracte de l'Administració

3. Bibliografia citada

1. Resolució de 19 de desembre de 2019 (JUS/3601/2019; DOGC núm. 8039, de 10.1.2020). Discordança entre la descripció de la finca al registre i a les certificacions d'habitabilitat, cadastral, d'eficiència energètica i de despeses de comunitat*

1.1. Introducció

En pocs mesos de diferència, aquest és el segon cop en què s'han dictat resolucions sobre el mateix recurs per part tant de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (DGDEJ) como de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN).

Els mesos de juliol i agost de 2019 la concurrència de resolucions es va produir en referència a un supòsit en què es discutia l'aplicabilitat i l'abast de la regulació de la condició resolutòria explícita prevista a l'art. 621-54 CCC (en aquells moments, encara no afectat per la Sentència del Tribunal Constitucional de 13 de novembre de 2019, BOE núm. 304, de 19.12.2019), i els òrgans resolutoris van arribar a conclusions obertament contradictòries tant quant a la pròpia competència com pel que feia al fons del cas. Es tractava de les resolucions de la DGDEJ de 25 de juliol de 2019 (JUS/2185/2019; DOGC núm. 7934, de 7.8.2019) i de la DGRN de 29 d'agost de 2019 (BOE núm. 261, de 30.10.2019), comentades a *InDret* 4/2019.

En el supòsit que ara ens ocupa, la discussió gira al voltant de la identificació de la finca en els documents que acompanyen una escriptura de compravenda i que contenen dades parcialment diferents a les que publica el Registre de la Propietat, així com al fet que, pel que sembla, la justificació del pagament de l'impost era incompleta. De nou, les resolucions, dictades amb un dia de diferència (el 19 de desembre de 2019, per a la resolució de la DGDEJ, i el 20 de desembre de 2019, per a la resolució de la DGRN, BOE núm. 66, de 14.3.2020), arriben a conclusions parcialment contradictòries, amb el resultat que, mentre la DGDEJ permet la inscripció, la DGRN la impedeix.

Si bé en el supòsit de juliol-agost de 2019 va ser la part recurrent qui va defensar en tot moment que la competència per resoldre corresponia a la DGRN, en aquest cas és el registrador qui eleva el recurs simultàniament a tots dos òrgans resolutoris. Com de seguida es comentarà, només la DGDEJ analitza la pròpia competència. La DGRN senzillament obvia la doble presentació.

Els fets, més explicitats en la resolució de la DGRN que no pas en la de la DGDEJ, es poden resumir com segueix. S'atorga escriptura per mitjà de la qual el fill de la propietària d'un pis, en representació de la seva mare, en ven la nua propietat a una persona i l'usdefruit a una altra. En l'escriptura es reprodueix la descripció de la finca que consta al Registre ("departament número 11, apartament número 8, situat a la planta 2a del bloc Q3 del carrer X, 5"). En canvi, en la cèdula d'habitabilitat, en el certificat d'eficiència energètica, en la certificació cadastral i en la certificació de despeses de la comunitat, la finca es descriu de manera parcialment diferent, atenent segurament a la seva identificació de policia ("finca situada al carrer X, 5, 2n 4a").

* Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2017SGR151, Grup de Dret Civil Català, i DER2017-82129-P.

Degut a aquesta discordança i al fet que "faltava un full" en la liquidació de l'impost protocol·litzada, el registrador va qualificar negativament. Tot i no fer referència expressa a la qüestió fiscal, la qualificació substitutòria sol·licitada va confirmar "en tots els seus punts" la primera nota.

El notari que va autoritzar l'escriptura va recórrer davant la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques. El registrador, que no va donar trasllat a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, va formar l'expedient i el va presentar tant a l'esmentada Direcció General com a la Direcció General dels Registres i del Notariat.

El primer que fa la DGDEJ és pronunciar-se sobre la pròpia competència.

1.2. La qüestió competencial

En el fonament de dret primer, es recorda la doctrina, molt reiterada, de la DGDEJ segons la qual, també amb posterioritat a la Sentència del Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de gener de 2014 (BOE núm. 35, de 10.2.2014; comentada a *InDret* 4/2014), si la qualificació o el recurs es fonamenta en normes de dret català, ja sigui exclusivament o en combinació amb normes estatals, resulta competent per resoldre la Direcció General catalana, a l'empara de l'art. 1 de la Llei 5/2009, de de 28 d'abril, que continua essent plenament vigent i aplicable.

En el cas que ens ocupa, es constata que, per bé que la certificació energètica i les qüestions tributàries es regulen per normativa estatal, la cèdula d'habitabilitat es subjecta al Decret 141/2012, de 30 d'octubre, al qual fa referència la qualificació (vegeu, també, la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, especialment els art. 26, 62 i 132),. Per tant, en aplicació d'aquella doctrina, la DGDEJ es considera exclusivament competent per resoldre (FD 1.2).

A més, entén que l'actuació del registrador elevant el recurs a tots dos òrgans resolutoris és il·legal per contradir el que estableix l'art. 3.7 de la Llei 5/2009, atès que el notari havia presentat el recurs davant la DGDEJ i no correspon al registrador, sinó a la pròpia DGDEJ, resoldre sobre la competència. Igualment, considera que aquesta manera d'operar "no s'adiu [...] amb els principis de seguretat jurídica i de lleialtat institucional" (FD 1.3).

La DGRN, en canvi, es limita a afirmar que el registrador va confirmar la nota i va elevar l'expedient a aquest òrgan resolutori (relació de fets V) i procedeix a resoldre.

Val a dir que, tal i com es comentarà en els apartats que segueixen, totes dues resolucions es limiten a analitzar qüestions que es poden considerar "purament registrals"; és a dir, si el fet que la descripció de la finca als certificats que acompanyen l'escriptura no coincideixi ni amb aquesta ni amb la que apareix al Registre és un obstacle per a la inscripció i si la documentació aportada relativa al pagament de l'impost és suficient. En cap cas entren en joc aspectes relatius a la regulació (catalana o estatal) dels referits certificats (vegeu, en aquest sentit, el FD 5, principi, de la resolució de la DGRN), així com tampoc les normes reguladores de l'impost

corresponent. Cal admetre que la referència a una norma catalana[1] és purament accidental a l'objecte de debat.

1.3. La descripció de la finca als certificats i al Registre

Tal i com ja s'ha assenyalat, la descripció de la finca al Registre de la Propietat (i a l'escriptura de compravenda, que la reprodueix) no coincideix exactament amb la que es conté als certificats i cèdula que s'aporten. Bàsicament, al Registre hi consten dades, procedents de la divisió horitzontal, que no tenen ubicació predeterminada als certificats i cèdula de referència, tal i com assenyala el notari en el seu recurs (vegeu la relació de fets IV de la Resolució de la DGRN i FD 2.1 de la Resolució de la DGDEJ), mentre que en aquests certificats s'hi fa constar la descripció habitual, administrativa, que identifica la finca pel número de pis i porta. Bàsicament, al Registre hi manca el número de porta.

La DGDEJ considera, d'entrada, que si hi ha discordança entre les dades que consten al Registre i les que apareixen als certificats, s'hauria de suspendre la inscripció. Però immediatament raona que no sembla que aquesta discordança es produeixi en el cas objecte de recurs, atès que la finca és identificable com el departament al qual fan referència els certificats i cèdula protocol·litzats. Així:

> "En efecte, si en tota la documentació aportada consta la venedora com a titular de la finca situada a la planta segona, porta quarta, de l'edifici del carrer X, número 5, i en el Registre consta la mateixa persona com a titular de la finca situada a la planta segona de l'edifici del carrer X, número 5, tot indica que la finca a la qual es refereix la documentació és la mateixa que la finca objecte del contracte de compravenda, sobretot si es té en compte que el registrador no ha manifestat en la seva nota l'existència de possibles dubtes raonables que justifiquen la seva decisió. Aquests dubtes podrien existir en cas de discordances entre els documents aportats amb l'escriptura de compravenda; en aquest cas concret, però, la coincidència entre tots ells és absoluta, i tampoc és raonable pensar que la venedora hagi aportat la documentació d'una finca diferent de la venuda." (FD 2.2).

Per part seva, la DGRN també recorda la necessitat de poder identificar correctament la finca a partir de les dades del Registre i la constància en els certificats i cèdules corresponents per tal de permetre la inscripció (vegeu la RDGRN de 14 de juny de 2010, BOE núm. 192, de 9.8.2010, FD 3), però en el cas concret arriba a la mateixa conclusió que la DGDEJ, és a dir, a la identificació suficient de la finca:

> "En el presente expediente, no se discute que la vivienda transmitida esté situada en la planta segunda, sino que la cuestión es determinar si existe coincidencia entre la puerta cuarta a la que se refieren los certificados, con el apartamento ocho, departamento once, que consta en el Registro. - Individualmente considerados cada uno de los certificados aportados pudiera no ser suficiente para acreditar que los mismos se refieren a la finca registral transmitida. Sin embargo, teniendo en cuenta todos los documentos aportados y examinados en su conjunto, así como a las manifestaciones de la parte vendedora contenidas en la escritura, puede llegarse a la conclusión razonable de que los mismos sí se están refiriendo a la finca transmitida, por lo que este defecto debe ser revocado." (FD 5, final).

[1] I, a la qualificació, a una resolució de la DGDEJ de 20 d'abril de 2010 (JUS/1939/2010, DOGC núm. 5651, de 16.6.2010; comentada per MARSAL a *InDret* 3/2010), relativa als supòsits d'exoneració de l'aportació de cèdula d'habitabilitat, que res tenen a veure amb el que discuteix; vegeu el FD 2.3 de la Resolució de la DGDEJ que ara es comenta

En aquest punt, per tant, coincideixen tots dos òrgans resolutoris. Però no succeeix el mateix quant a l'acreditació del pagament de l'impost.

1.4. L'acreditació del pagament de l'impost

En aquest aspecte sí que hi ha divergència de criteri entre totes dues Direccions Generals.

D'acord amb l'art. 254 de la Llei hipotecària, la inscripció es supedita a l'acreditació del pagament de l'impost corresponent, que en aquest cas era l'Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats. A la nota de qualificació el registrador es va limitar a dir que mancava un full (el notari en el seu recurs critica l'absència de motivació en aquest punt) i en el seu informe sembla que afirma que la documentació aportada fa referència a l'impost sobre el joc.

La DGDEJ considera, al fonament de dret 3.3, que "si en la documentació aportada consten les dades de l'impost que se satisfà i de l'acte jurídic autoliquidat de forma telemàtica, aquesta documentació és suficient per a constatar el pagament de l'impost, encara que sigui incompleta i no constitueixi la totalitat de la certificació emesa per l'Agència Tributària. En el present cas, és el mateix notari qui va realitzar l'autoliquidació i va protocol·litzar el testimoni de la comunicació electrònica rebuda corresponent a la diligència de presentació i pagament tramesa per l'Agència Tributària de Catalunya, i aquesta circumstància permet al registrador comprovar el pagament dels impostos derivats de l'escriptura."

En canvi, la DGRN entén, al fonament de dret 4, que: "En el caso de este expediente, queda justificado que ha sido presentado el documento y autoliquidado e ingresado un impuesto, mediante la diligencia de presentación y pago de la Agencia Tributaria de Cataluña aportada por el notario. Sin embargo, dicha diligencia no acredita cuál es el impuesto que se ha autoliquidado y pagado, que es la duda que ha llevado al registrador a suspender la inscripción por este motivo, tal como da a entender, si bien es cierto que de manera confusa, cuando en la nota de calificación afirma que 'la liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados está incompleta -falta una hoja-', deduciendo que lo que falta es aportar el modelo correspondiente a la autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados -modelo 600- que acredite que es ese el impuesto que efectivamente se ha autoliquidado y pagado y no otro (si bien no sería éste el único medio de acreditar ese hecho) [...]ha de rechazarse la inscripción de un documento si se justifica que se ha presentado la autoliquidación del mismo e ingresado el importe correspondiente, pero no a qué impuesto se refiere esa autoliquidación y pago, como sucede en este caso".

1.5. Consideracions finals

Resulta preocupant que amb pocs mesos de diferència s'hagin produït resolucions contradictòries, sobre els mateixos assumptes, entre la DGDEJ i la DGRN. Això significa que l'executivitat de les decisions de la primera (art. 6 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril) queda compromesa i que el registrador rep indicacions oposades sobre com procedir. En el cas de juliol-agost de 2019, el problema pràctic era relativament menor, atès que la resolució de la DGDEJ, que es va produir primer, denegava la inscripció mentre que la posterior resolució de la DGRN la permetia. En el cas que ens ocupa, en canvi, només hi ha un dia de diferència entre totes dues resolucions, però el fet és que el registrador hauria pogut inscriure en compliment

de la resolució de la DGDEJ i queda el dubte, que la normativa no resol, de com hauria de procedir quan es produís la resolució posterior de la DGRN, atès que, en principi, hauria de regir el principi fonamental del sistema registral segons el qual els assentaments estan sota la salvaguarda dels tribunals (art. 1.3 de la Llei hipotecària).

Es podria pensar que aquesta anomalia es produeix arran de l'opció presa pel registrador d'elevar el recurs a tots dos òrgans resolutoris. Però, tot i que aquesta manera de procedir, que certament no sembla l'adequada, pot explicar el cas que ara ens ocupa, no va ser la determinant de les dues resolucions de juliol-agost de 2019. En aquella ocasió, va ser la part recurrent qui va insistir des del primer moment en què era competent la DGRN i així li ho va plantejar directament. En aquell cas, la necessitat que el recurs s'elevés a la DGDEJ es va fonamentar en l'art. 3.3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, segons el qual: "Si la persona que presenta el recurs al registre l'interposa davant la Direcció General dels Registres i del Notariat, i el registrador o registradora, mantenint la qualificació, entén que, en aplicació de l'article 1, és competent la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques, ha de formar expedient en els termes establerts legalment i l'ha d'elevar a aquesta darrera amb l'advertiment exprés d'aquell fet. La Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques ho ha de comunicar sense retard al Ministeri de Justícia perquè en prengui coneixement". En el present cas, s'afirma que "la decisió respecte de la competència per resoldre correspon a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques i no al registrador de la propietat. El notari recurrent va interposar el recurs davant aquesta Direcció General i, per tant, el registrador de la propietat hauria hagut de trametre l'expedient a aquesta Direcció General, i s'hauria hagut d'abstenir de remetre'l també a la Direcció General dels Registres i del Notariat" (FD 1.3). És a dir, que sembla que el criteri del registrador a l'hora de determinar si és competent una Direcció General o una altra, basant-se en l'art. 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, només entra en joc quan el recurrent presenta el recurs davant la DGRN i, en canvi, el registrador entén que és competent la DGDEJ, però no a l'inrevés. Aquest plantejament té base normativa, tot i que no resulta massa coherent, si no és amb la intenció d'unificar la interpretació del dret català en la seva projecció registral, que informa la necessitat de passar primer pel recurs administratiu abans d'interposar una acció judicial (Preàmbul V i art. 2.1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril).

Ara bé, aquest objectiu d'assolir una interpretació uniforme en l'àmbit de les qualificacions registrals relatives a aspectes del Dret català es frustra de manera innegable si es produeixen resolucions contradictòries entre totes dues Direccions Generals sobre els mateixos assumptes, però passaria el mateix si el resultat estimatori o desestimatori fos coincident, atès que importa tant l'argumentació com la decisió final.

A més, la duplicació de resolucions representa, sens dubte, un malbaratament de fons públics.

Tal i com suggereix la DGDEJ, a manca d'una regulació clara al respecte, calen canals fluïts de comunicació i de cooperació entre totes dues Direccions Generals. També cal reconèixer, però, que la resolució de la DGDEJ aquí comentada no contribueix a la interpretació del dret català en el seu vessant registral, sinó que decideix sobre qüestions comunes a tot el sistema resgistral, com són les relatives a la descripció de la finca en la documentació annexa a un contracte de compravenda i la suficiència o no de la documentació aportada per acreditar la liquidació de l'impost corresponent.

2. Resolució de 12 de març de 2020 (JUS/743/2020; DOGC núm. 8090, de 20.3.2020). Compravenda i drets de tanteig i retracte de l'Administració: manca de notificació a l'Ajuntament

2.1. Introducció

Una de les dues copropietàries d'un edifici integrat per planta baixa, tres pisos i un àtic, situat a la ciutat de Barcelona, ven la seva meitat indivisa a una societat. Sembla acreditat, a la vista dels contractes d'arrendament annexos a l'escriptura de compravenda, que l'edifici es destinava a habitatge (FD 1.4). No estava dividit horitzontalment.

Presentada l'escriptura al Registre, la qualificació és negativa en no haver-se acreditat la notificació de la decisió de vendre a l'Ajuntament de Barcelona, tal i com ordena la Modificació del Pla general metropolità per a la declaració de l'àrea de tanteig i retracte en la ciutat de Barcelona i definició dels terminis d'edificació del municipi de Barcelona, aprovada per la Subcomissió d'Urbanisme el dia 5 de desembre de 2018 (DOGC núm. 7772, de 20.12.2018). La qualificació substitutòria sol·licitada confirma la inicial, malgrat que només es transmeti la meitat indivisa de la finca.

L'esmentada norma, a més de declarar tot el terme municipal de Barcelona àrea de tanteig i retracte (art. 1), estableix que hi queden subjectes, entre altres, "els edificis plurifamiliars sencers utilitzats principalment com a habitatge" (art. 2, lletra a).

La societat compradora recorre davant la DGDEJ, al·legant substancialment que no es pot considerar que s'alieni l'edifici "sencer" quan el que es transmet és la meitat indivisa de la finca. Igualment, entén que els drets de tanteig i de retracte es conceben com a limitacions del domini i que, per tant, han de ser objecte d'interpretació restrictiva.

La registradora, que no notifica l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, confirma la nota en el seu informe i eleva l'expedient a la DGDEJ.

2.2. El dret d'adquisició preferent en la comunitat ordinària

El primer que remarca la DGDEJ és que, en el cas de la resolució, la titular de l'altra meitat indivisa de l'edifici tenia dret de tanteig i de retracte d'acord amb l'art. 552-4 CC Cat (FD 1.1.), sense que consti que en cap moment se li hagi notificat la transmissió projectada o ja realitzada, ni que hagi comparegut davant de notari per renunciar a aquests drets. Aquesta qüestió no és objecte del recurs i, per tant, no s'hi entra, però la DGDEJ deixa clar que el dret d'adquisició de la copropietària seria preferent a qualsevol altre i "en especial al dret de tanteig i retracte a favor de l'Ajuntament de Barcelona" (FD 3.3), fent valer, doncs, també en aquest context, la prevalença que marca l'art. 568-27.1 CC Cat i que, en realitat, no entra en conflicte amb la finalitat que guia la normativa que atorga drets d'adquisició a favor de l'Administració, per bé que en el supòsit que ens ocupa, i atès el criteri que manté la resolució, les fronteres entre els àmbits d'aplicació d'una i altra normativa (la civil i l'administrativa) es desdibuixen.

En tot cas, la DGDEJ considera que, si la copropietària vol fer ús del seu dret d'adquisició preferent (en forma de retracte), ho haurà de fer judicialment (FD 1.5, final).

2.3. Els diversos drets d'adquisició preferent de l'Administració

Sense ànim de proporcionar una enumeració detallada, es poden classificar els drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració, en l'àmbit que ens ocupa, com a limitacions del dret de propietat en interès públic (art. 545.2 CC Cat), que poden tenir com a fonament l'adquisició de patrimoni immobiliari públic destinat a qualsevol de les finalitats que marca l'art. 106.5 del Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010), d'acord amb l'art. 172.1 del mateix text legal. Aquestes finalitats són: "a) Preveure, posar en marxa i desplegar, tècnicament i econòmicament, l'expansió de les poblacions i la millora de la qualitat de vida. b) Fer efectiu el dret dels ciutadans a accedir a un habitatge digne i adequat. c) Intervenir en el mercat immobiliari per a abaratir el preu del sòl urbanitzat i facilitar l'adquisició de sistemes urbanístics. d) Formar reserves per a protegir i tutelar el sòl no urbanitzable."

Per tant, es tracta d'una pluralitat de situacions que poden justificar l'adquisició per part de l'Administració, totes dirigides a protegir l'interès públic, però no necessàriament de manera directa per mitjà de l'adquisició d'habitatge públic dedicat a finalitats socials. Aquests drets es regulen, substancialment, als art. 172 i següents de la Llei d'urbanisme, modificats pel Decret-llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge (DOGC núm. 8032, de 30.12.2019) i 67 del seu Reglament (Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme; DOGC núm. 4682, de 24.7.2006).

En tots els casos en què existeixin aquestes limitacions a la lliure transmissibilitat dels béns, a efectes registrals regiran les previsions de l'art. 85 del Reial Decret 1093/1997, del 4 de juliol, pel qual s'aproven les normes complementàries al Reglament per a l'execució de la Llei Hipotecària sobre inscripció en el Registre de la Propietat d'actes de naturalesa urbanística (BOE núm. 185, de 23.7.1997), que estableix quins requisits de notificació s'han de complir per tal que sigui possible practicar l'assentament sol·licitat.

En tractar-se de drets d'adquisició de caràcter legal, cal entendre que vinculen a tercers malgrat no s'hagin inscrit al Registre de la Propietat. La previsió del nou art. 172.5 de la Llei d'urbanisme, que possibilita la inscripció de la constitució del dret de tanteig, sembla doncs totalment desafortunada.

A banda d'aquesta regulació general, cal tenir en compte també els drets d'adquisició preferent establerts pel Decret-llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària (DOGC núm. 6839, de 26.3.2015), modificat també per l'esmentat Decret-llei 17/2019, que n'allarga la vigència. Es tracta, doncs, d'una mesura aplicable només a certes transmissions relatives a l'impagament de préstecs o crèdits hipotecaris i que, en principi, es concep com a temporal.

En canvi, les darreres modificacions legislatives han contribuït a posar l'accent en els drets de tanteig i retracte de l'Administració amb la finalitat de proporcionar habitatge social. Així es desprèn de la nova redacció de l'art. 172.1 de la Llei d'urbanisme, que remarca que, a banda de poder-se exercitar per tal de complir les finalitats previstes a l'art. 160.5 del mateix text: " En sòl urbà, entre altres finalitats, aquestes àrees poden comprendre terrenys destinats a l'ús d'habitatge amb la finalitat de construir-hi habitatges de protecció pública o de destinar els que

hi siguin construïts a aquest règim de protecció, encara que el planejament urbanístic no reservi específicament al règim de protecció pública l'ús d'habitatge a què els destina". Aquesta redacció prové del Decret-llei 17/2019, que també va modificar l'obligació d'adquirir un percentatge determinat d'habitatge destinat a polítiques socials (art. 73 de la Llei 18/2007,) i va subjectar al procediment urbanístic la declaració d'àrees de tanteig i retracte (art. 15.8 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge; DOGC núm. 5044, de 9.1.2008; vegeu també l'art. 37 de la mateixa Llei, quant a la declaració d'àrees de conservació i rehabilitació).

És en aquest context que s'emmarca Modificació del Pla general metropolità per a la declaració de l'àrea de tanteig i retracte en la ciutat de Barcelona i definició dels terminis d'edificació del municipi de Barcelona, aprovada per la Subcomissió d'Urbanisme el dia 5 de desembre de 2018, en la qual la registradora fonamenta la qualificació negativa. Aquesta norma declara tot el municipi de Barcelona àrea de tanteig i retracte, amb les finalitats que s'especifiquen a l'art. 1:

> "a) Complir els objectius del Pla pel Dret a l'Habitatge de Barcelona 2016-2025, aprovat per acord de 17 de gener de 2017 del Plenari del Consell Municipal de l'Ajuntament de Barcelona, i l'exigència d'incrementar el parc d'habitatges vinculats a polítiques socials que estableix l'article 73 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.
> b) Incrementar el patrimoni municipal de sòl i d'habitatge, especialment la construcció, la rehabilitació o la destinació a habitatge de protecció pública dels terrenys, edificis o habitatges que s'obtinguin, així com l'adquisició de sòls destinats a dotacions públiques.
> c) Formar reserves per protegir i tutelar el sòl no urbanitzable, d'acord amb l'article 160.5.d) del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost.
> d) Facilitar la conservació i la rehabilitació d'edificis, especialment en els àmbits on es donen condicions de vulnerabilitat econòmica i social.
> e) Evitar l'expulsió d'ocupants, atesa la importància i la incidència elevada dels processos de gentrificació en molts àmbits de la ciutat.
> f) Fer front, en general, als processos especulatius, que encareixen i que dificulten l'accés dels ciutadans a l'habitatge."

Segons l'article 2.2 d'aquesta norma, se sotmeten directament a tanteig i retracte, en tot el municipi, els immobles següents:

> "a) Els edificis plurifamiliars sencers utilitzats principalment com a habitatge.
> b) Els terrenys sense edificar, ja siguin solars o parcel·les en qualsevol classe de sòl.
> c) Els terrenys amb edificacions ruïnoses o totalment desocupades.
> d) Els habitatges buits sotmesos a l'impost sobre els habitatges buits, regulat a la Llei 14/2015, de 21 de juliol."

D'acord amb un comunicat de premsa de l'Ajuntament, "el nou instrument servirà per aturar operacions clarament especulatives que provoquin l'expulsió de veïnat i operacions al mercat negre, i per protegir els immobles de propietat vertical de l'adquisició per part de fons d'inversió. I es tindrà un millor coneixement en temps real de les transaccions que tenen lloc a la ciutat"[2].

[2] Disponible a: https://ajuntament.barcelona.cat/premsa/2018/12/05/barcelona-es-dota-duna-normativa-pionera-a-tot-lestat-per-destinar-el-30-dels-pisos-nous-a-habitatge-assequible/ (darrer accés: 15.4.2020).

2.4. L'alienació de quota i els drets de tanteig i retracte de l'Administració

Vist el que precedeix, sembla que no hi hauria d'haver cap dubte que, si s'hagués venut l'edifici *sencer,* tal i com especifica la normativa tant legal com de rang inferior, la transmissió hauria quedat subjecta als drets de tanteig i de retracte corresponents a l'Administració, atès que la destinació principal era l'habitatge.

El problema és que, en aquest cas, no es va transmetre el 100% del domini, sinó únicament la meitat indivisa d'una de les cotitulars. Davant d'aquesta circumstància, la DGDEJ ve a raonar, d'una banda, que aquesta cotitular va alienar el 100% del domini que tenia i que quan la normativa es refereix a edificis *sencers* ho fa per oposició al que seria l'alienació d'elements privatius en propietat horitzontal, cas en el qual no hi hauria dret d'adquisició preferent de l'Administració, perquè no s'estaria transmetent la totalitat de l'edifici (FD 1.5):

> "[...E]l que no podem obviar és que la venedora, A. M. P., i pel que respecta al seu dret de propietat en el referit immoble, sí que ven la totalitat de dit immoble –el seu 50 % del total immoble, que en definitiva és el 100 % de la seva participació que hi té– tal com consta a la part dispositiva I de l'escriptura atorgada davant notari, en la qual textualment es diu 'A. M. P. ven el ple domini de la mitat indivisa que li pertany de la finca descrita a l'expositiu d'aquesta escriptura,...', ja que si es vengués una o més entitats que formen part de l'immoble, aleshores el dret de tanteig i retracte s'ha d'entendre que no seria aplicable perquè la finalitat del dret de tanteig i retracte establert per la normativa a favor de l'Ajuntament de Barcelona és per destinar la totalitat dels edificis adquirits a lloguer social en cas d'exercir-se algun dels dos drets (tanteig i/o retracte), i no si es transmet una o dues entitats de forma individualitzada, ressenyant a la vegada que l'edifici objecte de la present transmissió no està dividit en règim de propietat horitzontal, fet també irrellevant als efectes de la present resolució. A criteri d'aquesta Direcció General, al vendre A. M. P. la totalitat de la seva participació en l'immoble tal com consta a l'escriptura notarial, el dret de tanteig i retracte a favor de l'Ajuntament de Barcelona és plenament vigent i eficaç, i ha de notificar la venedora a l'Administració local la decisió de vendre la seva part, i les condicions essencials de la transmissió [...]".

Aquesta argumentació és realment difícil de sostenir: si la normativa estableix els drets d'adquisició sobre edificis sencers, per tal que la totalitat de l'edifici es pugui destinar a lloguer social, és evident que adquirir només la meitat indivisa d'un edifici, ni compleix els requisits establerts per les disposicions aplicables ni permet destinar l'edifici a lloguer social, si no és a través d'un acord amb l'altra copropietària que, en cas de no aconseguir-se, abocaria a la divisió de la cosa comuna i, en el pitjor dels casos, a la venda en subhasta, amb el consegüent malbaratament de recursos, tant públics com privats. El fet que la normativa no es refereixi a la transmissió de quotes com a detonant dels drets d'adquisició no sembla accidental, sinó lògic: no serveix a les finalitats de l'Administració adquirir quotes en comunitat ordinària. De fet, li resultaria molt més útil adquirir elements privatius en propietat horitzontal, encara que no siguin tots els que integren un determinat edifici.

Per això sembla que l'argument que realment determina la resolució final és el relatiu a l'evitació del frau: l'alienació successiva de quotes de copropietat podria portar a eludir els drets de l'Administració, que ni tan sols tindria coneixement de la transmissió d'edificis sencers per aquesta via. Així ho expressa la DGDEJ (FD 1.6):

> "En darrer terme, si s'admet la tesi de la recurrent, que en la present transmissió no es ven la totalitat del immoble, ens podríem trobar davant d'una situació clara de frau de llei, ja que

> s'utilitza una norma legal amb un propòsit contrari a la seva finalitat, en el sentit que en els edificis plurifamiliars sencers destinats principalment a habitatge i que siguin propietat de dos o més copropietaris, per evitar aplicar el dret de tanteig i retracte –establert al cas que ens ocupa a favor de l'Ajuntament de Barcelona– es burlaria la normativa establerta si se efectuen vendes parcials dels immobles i així poder eludir-ne els esmentats drets de tanteig i retracte, i en especial l'esperit i la finalitat de la norma que és la de possibilitar l'adquisició per part de l'Ajuntament de Barcelona de dits immobles per destinar-los a habitatges socials."

Certament, en el cas de la resolució, el fet que la quota es transmetés a una societat mercantil fa pensar que efectivament la intenció dels implicats era eludir la normativa que estableix els drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració. Però atès que molt sovint les resolucions de la DGRN i de la DGDEJ expliquen que, como no podia ser d'altra manera, no poden fer pronunciaments .que corresponen a l'autoritat judicial, queda el dubte de si realment tenen entre les seves funcions detectar casos de frau de llei ni si compten amb l'evidència necessària per fer-ho i més encara si es tracta de supòsits en què el frau ni tan sols s'ha arribat a consumar. La tesi del recurrent, segons la qual no es venia la totalitat de l'immoble, és difícil de rebatre i l'única manera d'arribar a la solució buscada sembla ser recórrer a la noció de frau de llei. La DGRN ha sostingut en múltiples ocasions que el frau de llei només pot ser apreciat a l'hora de qualificar si es desprèn clarament de la documentació presentada i del que consta al propi registre l'evidència del frau (vegeu, per a un cas en què tot apuntava a què el tutor hauria adquirit del tutelat en vulneració de la prohibició de l'art. 221.3 CC estatal, la Resolució d'1 d'octubre de 2009, BOE núm. 291, de 3.12.2009)[3]. La qual cosa és coherent amb la rigidesa del elements probatoris en el procediment registral (art. 18, 65, 99 i 100 de la Llei hipotecària; art. 98, 99 i 100 del Reglament hipotecari). La pregunta que roman sense respondre és si s'hauria aplicat el mateix criteri si la venedora hagués transmès la seva quota indivisa a un seu fill. Si la resposta fos negativa, les bases d'aquesta resolució trontollen.

3. Bibliografia citada

Miriam ANDERSON (2019), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques", 4 *InDret* (2019), disponible a: http://www.indret.com/pdf/1494.pdf

Miriam ANDERSON (2014), "La competència de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques després de la Sentència del Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de gener", 4 *InDret* (2014), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1085.pdf

Joan MARSAL GUILLAMET (2010), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques", 3 *InDret* (2010), disponible a: http://www.indret.com/pdf/755_cat.pdf

[3] Vegeu també la SAP de Pontevedra de 14 de març de 2007 (ECLI: ES:APPO:2007:366), on es revocava una resolució de la DGRN de criteri menys restrictiu i on es pot llegir que (FD 3): "En suma, el art. 18 LH atribuye al Registrador de la Propiedad una función que va más allá del mero control formal de los documentos, incluyendo en el ámbito de la calificación facultades de control de la legalidad del acto o negocio jurídico que incorpora el documento, pero siempre con el límite de lo que resulte del propio documento y de los asientos del Registro, de forma que las posibles dudas que pudieran existir, excepción hecha de las que se refieran a la identidad de la finca, deben resolverse a favor de la eficacia registral del título." Per tant, d'acord amb aquest criteri, en el dubte s'hauria de permetre la inscripció. Més recentment, es pot veure també la resolució de la DGRN de 3 de juny de 2019 (BOE núm. 150, de 24.6.2019).

InDret
2.2020

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Felipe DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 124 páginas, por Mario VILLAR

Recensión a Nuria PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, 130 páginas, por Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO

Recensión a Alejandra VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2019, 346 páginas, por Antoni GILI PASCUAL

Réplicas:

Réplica a la recensión de Gustavo BEADE a *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (*InDret*, (1), 2020), por Javier CIGÜELA SOLA

-

InDret
2.2020

Felipe de la Fuente Hulaud, ¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 124 páginas*

Mario Villar
Universidad de Buenos Aires
mariovillar@hotmail.com
-

El libro propone una pregunta en su título "¿Qué prohíben las normas de comportamiento?". Para preparar su respuesta el autor comienza planteando los dos modelos que va describiendo y comparando, es decir la teoría tradicional de la imputación (TTI) y la teoría analítica de la imputación (TAI). El libro se divide en seis capítulos: el primero contiene las líneas básicas de la doctrina de la imputación; el segundo desarrolla la TTI; el tercero lo dedica a exponer la TAI; el cuarto, a un análisis de dos modelos de la norma de comportamiento; el quinto, al silogismo práctico y el contenido de la norma; y el último se refiere a los deberes de actuación y cómo ellos se pueden deducir del silogismo práctico.

La formulación de la TAI es tomada de KINDHÄUSER y MAÑALICH, aunque el autor aclara (p. 17, Introducción) que, entre las posturas de ambos, existen matices, en particular en lo referido al contenido de la norma de comportamiento, sin que signifiquen una diferencia relevante a los fines de dar respuesta a la pregunta que guía al libro. La TAI parte de que las normas de sanción están lógicamente precedidas por normas de comportamiento que se dirigen al individuo, y no al juez, informándole qué conductas se encuentras ordenadas o prohibidas, pero el objeto de sus mandatos o prohibiciones es el estado de cosas descripto en el tipo penal. Las normas de comportamiento, en particular en los delitos de resultado, comunican qué conductas están prohibidas u ordenadas, pero no establecen nada acerca de la clase de acciones que los destinatarios tienen que ejecutar u omitir para evitar la producción del resultado típico. La norma de comportamiento es el reverso exacto de la norma de sanción, por lo cual, se refieren al mismo estado de cosas que fundamenta la aplicación de la norma secundaria. La norma solo se refiere al estado de cosas, es decir, a las acciones que efectivamente causan el resultado, por lo que solo serán antinormativas las conductas que producen el resultado. De este modo, en concreto, la tentativa será una infracción de deber sin antinormatividad (p. 42, capítulo III). En palabras sencillas, la norma no indica qué conductas deben ser evitadas o ejecutadas, según se trate de una prohibición o un mandato, sino que ello se conoce recién cuando se produce el resultado, es decir *ex post*. Mientras que *ex ante* solo se sabe que deben evitarse las conductas que el autor reconozca que pueden producir el resultado. En este caso tengo un deber de no ejecutar una conducta que aún no es antinormativa.

En el primer nivel de imputación se resuelve qué conductas se corresponden con el seguimiento de la norma, ello mediante el uso del silogismo práctico. Desde esta perspectiva, el delito es, esencialmente, una conducta mediante la cual su autor expresa que no reconoce la respectiva

norma de comportamiento como vinculante para la acción. Al aplicar el silogismo práctico, se supone que el agente tiene la motivación correcta de evitar el comportamiento contrario a deber. Este primer nivel se dirige a establecer la existencia de un acto incompatible con una motivación de seguimiento de la norma: para ello, se toman los conocimientos y capacidades del agente en el caso concreto. En cambio, el segundo nivel de imputación se orienta a descartar la concurrencia de razones que pudieran explicar la falta de motivación normativa de la conducta ejecutada por el agente. Es decir, qué impedimentos relevantes existieron para que el agente no se motivara correctamente. La norma no se refiere a las acciones previas al resultado. La determinación de las acciones que, en atención a sus circunstancias, tendrían que ser omitidas o realizadas en pos de la evitación del estado de cosas prohibido debe realizarse deductivamente en función de las intenciones de un ciudadano no fiel al derecho.

Este modelo supone la distinción entre contenido y función de la norma. Para ello utiliza la teoría de los actos del habla (p. 45, capítulo III): Como es sabido, esta teoría opera con una tríada conceptual que comprende el llamado nivel *locutivo*, que se corresponde con lo que se dice; el nivel *ilocutivo*, que indica la clase de acto que se realiza con la emisión lingüística (ordenar, pedir, etc.); y el nivel perlocutivo, que es aquello que el emisor pretende conseguir con su manifestación (es posible incluir otros conceptos o tratar parcialmente en forma distintos estos conceptos de la teoría de los actos del habla, se podría distinguir entre los llamados actos de pronunciación o *Utterance acts*, que consisten en la actividad física requerida para expresar una oración, y los actos perlocutivos o de perlocución, que se refieren a los efectos intencionales o no intencionales sobre los destinatarios de las actuaciones de los actos de habla. Ambos son de carácter fáctico. En contraste con estos últimos, los actos proposicionales y los actos ilocutorios se refieren a los significados de los actos de habla en cuestión. En aras de la simplificación, podríamos decir que el acto proposicional se refiere a lo que se quiere decir con la pronunciación de alguna frase, mientras que el acto ilocutorio se refiere a cómo se quiere decir: RUITER, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, 1993, p. 39).

Para la concepción analítica, la teoría tradicional de la norma, al considerar como parte de su contenido algo que corresponde a su función directiva, comete el error de mezclar las dimensiones locutiva e ilocutiva (p. 45, capítulo III). En realidad, el emisor comunica al destinatario u oyente el estado de cosas que debe ser evitado o producido, para que el destinatario saque las consecuencias apropiadas a las circunstancias en que le corresponda actuar u omitir. El contenido de la norma de comportamiento está vinculado con el nivel semántico de análisis, mientras que su función, con la dimensión pragmática. Esta distinción es la que no realizaría la perspectiva tradicional y en lo que consiste su error.

La norma de la TAI indica que *las únicas acciones prohibidas por la norma de comportamiento son las acciones que efectivamente producen el resultado*, y que las acciones previas al resultado son contrarias a deber, pero no antinormativas. Esta distinción puede apreciarse con claridad en la postura que adopta la TAI con relación a la tentativa (en este sentido, es ilustrativo también el trabajo de MAÑALICH, "La tentativa de delito como hecho punible. Una perspectiva analítica", *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 461-493). Hay que diferenciar lo que la norma establece y lo que implica para sus destinatarios, puesto que estos deberán deducir qué conductas han de realizar u omitir para que no se produzca el resultado.

Sin embargo, la crítica que efectúa DE LA FUENTE a la TAI se refiere a que esta, en definitiva, hace un rodeo para acabar diciendo lo mismo que la postura tradicional. En efecto, el deber que consiste en no hacer realidad un mundo posible en que existe cierto estado de cosas, implica prohibir las conductas que signifiquen un riesgo de que ese mundo posible se produzca. Entonces, qué sentido tendría diferir la prohibición de las conductas a cuando ese estado de cosas resulte efectivamente realizado. La norma diría: yo no te prohíbo ninguna conducta, te prohíbo que generes un estado de cosas X. El agente se las debe arreglar para evitarlo; y si no lo hace, se le imputa, salvo que no tuviera el contenido subjetivo mínimo.

En el fondo, parece que la TAI viene a fundamentar el disvalor de resultado mejor que la TTI, puesto que la norma se refiere al resultado y no se vulnera hasta que se este produce, mientras que en la teoría tradicional siempre hubo dificultades para sostener el disvalor de resultado como parte del ilícito, dado que el quebrantamiento de la norma de conducta se produce ya con anterioridad, en el momento de la tentativa acabada. Esta suposición se refuerza al percatarnos de que el único punto de relevancia práctica de la discusión resaltado por el autor es el de la tentativa, que para la TAI no sería antinormativa. Con todo, como es sabido y el texto trata brevemente (p. 107, capítulo VI), tiene efectos sobre el concepto de la teoría de la imputación objetiva, así como también para los delitos de tenencia de la parte especial.

Considero que las críticas formuladas por DE LA FUENTE a la TAI son razonables. Con todo, es posible que el autor no parta de una postura ecuánime, pues las críticas surgen con la propia presentación de la teoría que pretende rebatir, lo cual no le da la oportunidad al lector de tomar partido libremente, sino que es conducido, anticipadamente, mediante esas objeciones, a oponer resistencia a la TAI. Esto me recuerda, de alguna manera, a la propuesta de DWORKIN de interpretar una teoría bajo la mejor luz posible. Pero el autor no traiciona, pues en el subtítulo ya indica su postura crítica para con esta teoría.

Por otra parte, el libro es moderado en el uso de ejemplos, los cuales servirían para marcar las diferencias entre la TTI y la TAI, y permitiría percibir mejor el significado para la teoría del delito resultante de adoptar una u otra postura. Hay que decir, sin embargo, que eso quizás excedería del objeto del trabajo, que hace un aporte clarificador de la discusión, en el nivel de la construcción de la norma penal.

A su vez, el libro comentado es sumamente recomendable para entender la estructura de la TAI y para quien quiera adentrarse en textos de autores que defienden esta postura con una puesta en perspectiva adecuada para entender el por qué de sus soluciones a problemas de la teoría del delito puntuales.

Está muy claro que el autor tiene un gran conocimiento del ámbito de la disputa y de la trama interna de la teoría analítica, y que sus críticas no solo son valiosas y, sumamente, razonadas, sino que, además, revitalizan este debate. Y este debate, con sus altibajos a lo largo del tiempo, sigue siendo vital para la dogmática penal.

Considero que hoy en el Derecho penal, por lo menos desde que el finalismo fue abandonado, la conducta dejó de ser el centro de atención, para ser reemplazada por una perspectiva funcionalista; de este modo, poner el foco en la creación de cierto estado de cosas parece una puerta abierta a un cambio de perspectiva que debe alentarse. Sin embargo, esto no significa que no existan normas previas a las conductas, ni que ellas dependan de la capacidad de

reconocer el deber por parte del agente. Es posible que la teoría analítica tenga mucho que aportar al Derecho penal, pero no exclusivamente desde el enfoque de la norma penal.

Sin embargo, en mi opinión, ambos modelos analizados en el libro parecen ser, en alguna medida, insatisfactorios. Esto es, quizás, porque a la persona se le reprocha algo que va más allá de la conducta puntual. Y si no somos solo nuestras acciones, tampoco somos solo nuestros resultados. Hay algo que tiene que ver con los conceptos de persona y, a partir de allí, de imputación, que escapa a simplificaciones. Este conjunto de elementos no es escindible, si no se quiere perder algo del sentido que tiene el ser persona frente a la Ley y el Derecho. Los dos optan por preservar algo de esta complejidad. Queda para el lector la elección de qué parte de lo que captan les parece más importante, y con mejores razones, para la construcción de la teoría de la imputación penal.

InDret
2.2020

Nuria Pastor Muñoz, Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, 130 páginas*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro
Universidad de La Laguna
fsanche@ull.es
-

I.

La obra comienza ubicando el riesgo permitido en el marco de la desaprobación jurídico-penal de la conducta, en cuanto instituto que, mediante la remisión a los estándares de conducta socialmente vigentes, permite la construcción de la norma penal (pp. 13, 19 s., 23 ss., 117). Se avanza así ya, una relativización del principio de legalidad que propicia un equilibrio entre la estabilidad de la ley en el tiempo y las cambiantes exigencias de los distintos sectores de actividad regulados (pp. 15 ss., 20), así como seguidamente, una comprensión de la ley positiva como "un elemento más" de la norma penal, de limitada capacidad para "generar la garantía de tipicidad", pero que encuentra en su adecuación a las representaciones sociales un criterio material de legitimidad (pp. 20 s., 35, 118). Comprensión no exenta de riesgos, en tanto que los cuerpos normativos a los que remite, se generan por sectores sociales que persiguen fines diversos a los que inspiran al Derecho penal (pp. 18 ss., apunta en particular el fin de ahorro de costes que inspira la cultura de cumplimiento).

Seguidamente, PASTOR MUÑOZ ejemplifica su planteamiento de la mano de dos grupos de ejemplos. Primero, la remisión a la norma de cuidado en el delito imprudente, norma y deber de cuidado que no se encuentran definidos en la propia ley (pp. 24 ss.). Avanza aquí la autora tres cuestiones de particular interés: la determinación de estos estándares socialmente vigentes, el camino epistemológico para acceder a estos, así como la concreta formulación de la norma que rige para el sujeto de imputación (pp. 29-31, 36, 45, 47). Segundo, la remisión a valoraciones sociales en la constitución de lo injusto doloso, señalando cómo desde planteamientos normativistas, "la diferencia entre imputación objetiva del comportamiento y contrariedad al deber de cuidado es solamente una diferencia de etiquetas" (p. 33). La autora evidencia la vinculación de la valoración jurídico-penal a la valoración social, en la conformación del concepto material de delito (p. 35), si bien la infracción del estándar de conducta socialmente vigente no implica sin más la relevancia penal de la conducta, sino que ofrecen un primer criterio para la determinación de su desaprobación jurídico-penal, en el marco categorial del riesgo permitido (pp. 40 ss.).

En el capítulo IV, la autora profundiza en las consecuencias de su planteamiento para el principio de legalidad, pues sujeta al legislador "a las valoraciones sociales vigentes en un determinado momento histórico" (pp. 49 ss.), de modo que toda ley penal contiene una remisión a esta, a las valoraciones sociales en la definición de los estándares de conducta que, en un segundo momento, sujetan igualmente al juez (pp. 51, 59, 71 s.). De este modo, se

despoja al principio de legalidad de sus pretensiones ilustradas, de modo que "*el mero texto de la ley y la previsibilidad semántica que de este deriva no genera la garantía de tipicidad vinculada al principio de determinación*", sino que es necesario que "*concurra, además, previsibilidad axiológica y metodológica*" (p. 53), o con otras palabras: "el mandato de determinación (y la consiguiente garantía de tipicidad) solamente se cumple cuando confluyen tres elementos... la ley positiva..., los principios y los criterios interpretativos, por la dogmática jurídico-penal" (pp. 54, 56, 58 s.).

PASTOR MUÑOZ no obvia las eventuales patologías de su planteamiento. Tal remisión a valoraciones sociales, pueden incidir en la realización del principio democrático, cuando se concreta en cuerpos normativos privados que persiguen otros principios y sustraen el control de los contenidos de la norma penal (pp. 61 ss., 65, 67). Ello puede reproducirse igualmente, mediante remisiones a normas administrativas, cuando se confían a agentes del sector, y que pueden obedecer a fines tan distintos como los de mera ordenación. La autora sugiere, por ello, su consideración como meros indicios de los límites de lo permitido, salvo en los supuestos de remisiones expresas, que condicionan necesariamente la norma penal (pp. 74 ss., 80 ss., 85; sobre las remisiones totales, pp. 83 s., 118). Con ello, se concreta el problema no en la remisión en sí, sino en la forma de esta, cuando propicie la pérdida de control de su contenido normativo por el legislador (pp. 64, 66, 68 ss.; sobre el mandato de publicación, pp. 72 s.). Tal planteamiento afecta asimismo a los principios de separación de poderes y reserva de ley (pp. 77 ss.), que relativiza desde la perspectiva del principio de legalidad apuntada, una vez que se entiende que "el paso de la ley penal a la norma penal requiere siempre el recurso a instrumentos y criterios que no están positivizados en la ley" (pp. 77 s.; en relación con el mandato de determinación, p. 86).

En particular, el fundamento y contenido del riesgo permitido, se aborda en el capítulo VI de la obra (pp. 87 ss.), en función de la definición social de los estándares de conducta correcta (pp. 88 s.), sobre la base de los criterios de atribución de vigencia social (pp. 91 ss.). La autora señala la insuficiencia al respecto de los consensos sociales de carácter formal, en cuanto vías procedimentales que no reflejan necesariamente la racionalidad profunda (o real) de la sociedad, el sentido objetivo de sus quereres (pp. 92 s., señalando igualmente el problema de la exclusión de las minorías). Los criterios de utilidad social, desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto, desdibujan, por su parte, "los límites entre esferas individuales de libertad, permitiendo el sacrificio de unos en beneficio de otros", sobre premisas valorativas no explicitadas (pp. 93 s.). Mientras que los criterios de utilidad en concreto conducen a un problema práctico, "si en cada caso se han de ponderar todos los intereses en juego, para poder decidir si se permite una conducta o no (conducir un camión, ir en bicicleta, fabricar medicamentos), se bloquea la interacción social" (p. 95), de ahí sus inconsecuencias (pp. 96 s.). La identidad histórica de la sociedad se reduce, por su parte, a su aceptación en el presente, pues no es la mera facticidad de la historia lo que fundamenta la permisión de riesgos, sino "*su aceptación en el pasado no revocada en el presente y, por ello, tácitamente renovada*" (p. 101). Línea esta última en la que apuntan las tesis del consenso normativo y la aceptación social, atendiendo para ello a la racionalidad del ciudadano, no individualmente determinado, sino a la luz de la racionalidad social (pp. 101 ss., 119).

En este último sentido, entiende PASTOR MUÑOZ que "el camino más adecuado tiene que ver con nuestra identidad (históricamente conformada) en la medida (y solamente en la medida) en que, en términos materiales, se pueda fundar en una aceptación o consentimiento normativos,

es decir, en un consenso profundo (no formal) vinculado a la «racionalidad social»" (pp. 105, 107). La autora diferencia aquí dos planos de juicio, el primero relativo a las valoraciones fundamentales indisponibles, y un segundo, donde procede la concreción del riesgo permitido, en el marco de la relatividad histórico-cultural del Derecho (pp. 108, 110). Dentro de esta, el ámbito de aplicación del instituto se concreta, en particular, en las denominadas actividades inherentes a la vida social o ubicuas, frente a las no inherentes regidas por el consentimiento. Ahora bien, dentro de los riesgos ubicuos se plantean sucesivos problemas. Por una parte, en relación con las actividades ubicuas especializadas, los ciudadanos no se encuentran en una situación de simetría de conocimiento, de modo que la definición en los mismos de los estándares de conducta deviene sectorial. Ello presupone especialización al respecto, y dificulta, en consecuencia, a la dogmática y la jurisprudencia cualquier control material (pp. 111 ss.). Apunta aquí la autora que, ante la ausencia de una cláusula de cierre cognitiva que asegure un conocimiento adecuado sobre los estándares de conducta especializados, nuestro Ordenamiento prevé una cláusula de cierre normativa, mediante la imposición de deberes de veracidad a los peritos en el proceso penal, arts. 459 s. CP (pp. 114 s., 119). Y concluye, por otra, señalando la eventual influencia en este proceso de las precomprensiones del dogmático y los operadores jurídicos, la incidencia de sus representaciones subjetivas a la hora de formular sus pretensiones de corrección (p. 116).

II.

Las anteriores líneas debieran mostrar la entidad del reto afrontado por Nuria PASTOR en la presente obra, la autora aborda un tema de gran complejidad, esboza una sugerente propuesta, en el marco de la teoría jurídica del delito, y honestamente, también, apunta los límites de la misma. En este sentido, cuando concluye, en pp. 114 s., "*la imposibilidad de acceder epistemológicamente a dichos estándares por otra vía*" distinta a la pericial, o que "lo único con lo que cuenta el sistema es con una *cláusula de cierre normativa*", en la línea de lo apuntado en relación con los arts. 459 s. CP, ofrece una solución concreta y practicable, frente a otras propuestas que evidencian en sus inconsecuencias su impracticabilidad. Sucede que la complejidad de la cuestión tratada la expone correspondientemente a crítica. Y en este segundo sentido, la principal duda que nos suscita el planteamiento de esta autora proviene de su abierto recurso al discurso moral, a las valoraciones sociales sobre lo correcto e incorrecto, pero obviando en ello elementos del discurso jurídico, en particular, su componente institucional y de autoridad.

Así, cuando la autora señala, en p. 109, "la necesidad de introducir límites externos a la dogmática derivados del Derecho natural («ontología de la persona como… ser digno»)", cabe apuntar que la dignidad se encuentra en la "base de nuestro sistema de derechos fundamentales" (cfr. STC 68/2018, ponente Conde-Pumpido Tourón, fundamento jurídico cuarto; ilustrativa también BVerfGE, del 20 febrero 2009 (Akt.Z: 2 BvR 2266/04), marg. 19, señalando el "sämtlichen Grundrechten innewohnenden Menschenwürdekern"), y que se concibe como un "valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/1985, ponentes Begué Cantón y Gómez-Ferrer Morant, fundamento jurídico octavo). Pretensión de respeto frente al Estado, pero también frente a terceros, de modo que, de hecho, ya funge en nuestro Ordenamiento como límite frente a aquellas intervenciones que "cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel

material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" (STC 181/2004, ponente Casas Baamonde, fundamento jurídico décimo tercero; en un sentido próximo BVerfGE, del 17 enero 2017 (Akt.Z: 2 BvB 1/13), marg. 541).
Es por ello que cuando la autora plantea, en relación con el "sujeto que pronuncia un juicio desde el velo de la ignorancia", la cuestión de si "le hemos de dotar de determinadas *valoraciones*... si, al hacerlo, hemos de partir de determinados mínimos de dignidad humana indisponibles que, ciertamente, constituirían un referente de mínimos, dejando después un amplio espacio a la relatividad histórico-cultural" (pp. 107 s.), podemos adelantar una respuesta positiva, sobre razones de validez, o negativamente, lo contario no sería válido a la luz de la doctrina expuesta de nuestro Tribunal Constitucional.

Con ello no se está incurriendo en el primero de los paradigmas desechados, el consenso formal, pues la dignidad humana, y en general, los principios de derecho fundamental que se extraen de la misma enraízan en el discurso moral al que recurre la autora para extraer los estándares de conducta socialmente vigentes (ilustrativos ATIENZA, *Tras la justicia*, 1993, pp. 234 s., siguiendo a NINO. En un sentido próximo PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2ª ed., 2003, p. 68: "la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir". Anteriormente, también NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, pp. 46, 287 ss. Más recientemente, véase BVerfGE, del 17 enero 2017 (Akt.Z: 2 BvB 1/13), marg. 539.) Pues más allá de su significación jurídica, principios como el de dignidad constituyen el "fundamento del orden político y de la paz social" (STS 7555/1991, ponente Bacigalupo Zapater, fundamento de derecho primero). Sucede que el discurso jurídico institucionaliza y refuerza los mismos, y en buena medida, con ello, reduce la complejidad del discurso moral.

InDret
2.2020

Alejandra Verde, La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2019, 346 páginas*

Antoni Gili Pascual
Universitat de les Illes Balears
antoni.gili@uib.es
-

La historia de las aportaciones doctrinales relativas a los delitos que toman otro hecho previo (*Vortat*) como referencia para concretar el contenido de la prohibición penal, señaladamente los de encubrimiento y receptación, ha venido marcada en una porción destacada por la necesidad de trascender las estrechas costuras de las descripciones legales que los han cobijado en cada latitud y momento histórico, tributarias muchas, en mayor o menor medida, de las construcciones decimonónicas europeas. La afirmación, claro está, es lo suficientemente genérica como para que su exactitud se resienta, pero si se está dispuesto a introducir las matizaciones que hagan falta, se podrá advertir esa permanente búsqueda de la sistematización adecuada de estos comportamientos como hilo conductor capaz de remontarnos hasta las contribuciones más antiguas, como las que ya tuvieran lugar con el Código penal para los Estados prusianos sancionado en 1851 como telón de fondo. De esa porción de las cavilaciones doctrinales tradicionales en relación con estos delitos no escapa tampoco la reciente obra *La receptación como delito contra el mercado formal*, que constituye la traslación editorial de la tesis de Alejandra VERDE, defendida en la Universidad de Córdoba, Argentina, en 2018. En ese país la receptación se integra, como forma de encubrimiento, entre los delitos contra la Administración de Justicia, opción sistemática que (al igual que la postura acomodaticia sostenida por la doctrina mayoritaria argentina al amparo de esa regulación), propicia el vaciamiento de contenido de la figura para transformarla en una modalidad de favorecimiento, razón por la que resulta combatida frontalmente por la autora, que llega a cuestionar incluso, fundadamente, que la receptación propiamente dicha haya llegado a estar alguna vez tipificada en ese país.

Pero el trabajo de VERDE dista mucho de ser una exégesis de aquel o de cualquier otro ordenamiento *de lege lata*. Bien al contrario: en él las referencias al Derecho positivo comparado, que se centran en el caso alemán, argentino y español, se usan solo como recursos argumentales al servicio de la reconstrucción conceptual de la receptación que persigue la autora, quien, elevando el foco, sumerge su análisis en la búsqueda de los parámetros universales de este ilícito, los que habrían de resultar válidos en cualquier legislación. Y es que el trabajo de referencia constituye, por encima de cualquier otra consideración, una reflexión profunda y documentada sobre la legitimación y justificación de esta incriminación, análisis que presenta como activo, de entrada, el valor de construirse intentando no dar nada por supuesto, incluyendo en la aseveración la propia lesividad de estas conductas, cuya presuposición, a juicio de la autora, ha hecho pasar por alto numerosas discusiones relevantes.

Por ello, y aunque el trabajo se estructure formalmente en dos partes diferenciadas conforme a un criterio de clasificación sencillo, que contrapone el estado de la cuestión y las propuestas *de lege ferenda*; lo existente y, en suma, lo que se pretende nuevo (pese a que –se adelanta– no todo lo que como tal se presenta efectivamente lo sea), en realidad el núcleo central del libro debe localizarse a caballo entre esas dos partes tan nítidamente diferenciadas, abarcando el último capítulo de la Primera (a) y los dos primeros capítulos de la Parte Segunda (b), en los que me centraré a continuación:

a) En el primero de los aludidos la autora revisa críticamente los planteamientos de la doctrina contemporánea sobre el fundamento de la incriminación. Se rechaza en él, así, el antes mencionado, que contempla la receptación como delito contra la Administración de Justicia, lo que constituye un acierto tanto en términos de deslinde con las figuras de favorecimiento como de retirada de conceptos superfluos del primer plano de la fundamentación del delito, que de tal modo –hay que entender– dejarán de operar como criterio de interpretación de los contornos típicos de esta figura (más difícil puede resultar, en cambio, negar que la afectación de la Administración de Justicia permanezca como realidad neutral en un segundo plano –bien que no sea como bien jurídico fundamentador de la prohibición–, puesto que objetivamente tal afectación en efecto se produce, concretada en la pretensión de decomisar los efectos de un delito –al igual, en esto, que en el favorecimiento real–, y sin que en ello tenga por qué verse confusión alguna con la idea hegeliana de justicia, con el desvalor del delito previo –el distanciamiento respecto del cual constituye un auténtico *leit motiv* en el trabajo– ni con un correctamente perfilado delito de favorecimiento real, cuyo elemento subjetivo sí se orienta, a diferencia de lo que ocurre en la receptación, al auxilio del autor del delito precedente. En este mismo capítulo se combaten asimismo, y sobre todo, los postulados de las teorías que justifican el castigo en el mantenimiento del estado antijurídico creado con el delito previo *(Perpetuierungslehre)* –tanto en sus versiones más añejas como en las más actualizadas, que ponen el acento en el peligro abstracto de no recuperar el objeto–, al igual que se hace con los de la teoría del aprovechamiento (*Nutzniessungstheorie)*, que por sí misma no da razón bastante para prohibir la conducta, o los de las tesis que han propugnado la protección, mediante este y otros tipos penales, de la propia vigencia del Derecho en general (*Rechtsgeltungstheorie*). La argumentación, que hace propias aquí buena parte de las críticas ya doctrinalmente esgrimidas frente a dichos planteamientos, terminará descartando la validez de cualquiera de los mencionados para ofrecer una justificación plausible a la incriminación.

b) A cambio, en los dos capítulos siguientes (I y II de la Segunda Parte) se exponen los pilares en los que la autora sustenta su propia concepción, imprimiendo aquí al argumentario su mayor fuerza de tracción. El primero de ellos, intitulado «El daño en la receptación», se dedica a la concreción del desvalor de resultado de esta conducta. En tal cometido opera como presupuesto la convicción de que el daño económico a la víctima del delito previo queda agotado en él, lo que lleva a VERDE a desplazar el centro de gravedad de la figura hacia los comerciantes legales o formales, en la medida en que «de algún modo» (no de forma individual) se ven afectados por el hecho de que su producto sea igualmente comprado o adquirido en el mercado negro, y no en el formal. Naturalmente, la profundización por ese camino en la búsqueda del objeto de protección de este delito no exime a la investigación de las inconveniencias propias de la espiritualización de la lesividad que comporta. Tal efecto acaba irremisiblemente apareciendo producto de la combinación que se propone entre la identificación de un bien jurídico difuso (las legítimas expectativas de los participantes en el mercado legal, esto es, las de los comerciantes y compradores) y una forma de afectación débil

de aquel, su mera puesta en peligro abstracto, dado que no es obviamente posible identificar un daño de naturaleza individual al patrimonio concreto de los intervinientes en el mercado. Pero ese no es, en todo caso, un demérito de la investigación, sino producto de las limitaciones del propio concepto de bien jurídico. De hecho, los resultados en este punto no hacen sino apuntar en la misma dirección de otras autorizadas opiniones doctrinales, que tienden a configurar la receptación desde una perspectiva macroeconómica, superadora de las visiones estrictamente individualistas, y desde las que ya se ha propuesto hace tiempo un abordaje conjunto con las conductas que, como el blanqueo, inciden en la incorporación en el tráfico legal de los bienes obtenidos delictivamente, sean o no procedentes de delitos patrimoniales.

Más novedoso, y seguramente más expuesto a la crítica, es el segundo de dichos capítulos, nuclear en la obra comentada, y con el que la autora viene a complementar la lesividad de la receptación antes identificada sosteniendo también ahora su «incorrección moral», en lo que en su planteamiento representa un segundo pilar irrenunciable para justificar la incriminación. Para ello, y teniendo como referente el método del equilibrio reflexivo propuesto por RAWLS, se descarta que lo genuinamente inmoral de la receptación pueda localizarse tanto en su carácter *tramposo* con las reglas del mercado como en el *enriquecimiento ilícito,* para acabar formulando el principio moral específicamente vulnerado, tras sucesivos ajustes, en los siguientes términos: «es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento que en otro ha producido un delito penal, para obtener una ventaja económica». Tras comprobar, partiendo del principio matriz del que procede, que la máxima así identificada es deontológicamente consistente (tanto por medio del procedimiento de la posición originaria y del velo de ignorancia, de la ética del discurso o de otras posiciones intermedias), la exposición, ávida de resultados, avanza, por un lado, para presentar como congruentes con aquel hallazgo tanto la exigencia de ánimo de lucro en este tipo de conductas como la equiparación, en términos de incorrección moral, de las conductas de venta de cosas provenientes de un delito con las de adquisición o compra (aunque aquellas no se incluyan en los tipos de receptación); por otro, para poner a prueba el propio rendimiento del criterio diseñado, procediendo a delimitar con él esta conducta respecto de otras que, aunque consistentes también en la adquisición o entrega de cosas provenientes de situaciones ilegales y generadoras de un daño similar, no son conceptualmente equiparables a ella, ni resulta por tanto procedente prohibirlas como supuestos de receptación.

Esta segunda parte del planteamiento, de más difícil digestión para concepciones más familiarizadas con, solo, los términos del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (dentro del que ya se contemplaría la dignidad, necesidad y susceptibilidad de protección penal del valor en cuestión, como legitimador de la intervención) habrá de obtener el predicamento que merezca la propia concepción de partida que lo sustenta, que en palabras de la autora combina «tanto el requisito del daño a terceros como el de la incorrección moral de la conducta de que se trate». Y es que, en efecto, a su juicio «para considerar legítima una prohibición penal es necesario demostrar no solo que la conducta prohibida causa alguna clase de daño o que afecta a un bien jurídico (que es con lo que suele conformarse –apostilla– la doctrina de base continental europea), sino también que es materialmente ilícita, en el sentido de que se trata de una conducta moralmente incorrecta desde una consideración intrínseca o deontológica de esa inmoralidad». En otras palabras: «No basta con decir que esa conducta es mala porque daña, sino que es necesario demostrar por qué es mala en sí misma, con independencia de las consecuencias (dañinas) que provoque».

En un plano general, excede las pretensiones de esta recensión profundizar ahora en los fundamentos filosóficos que deberían determinar si realmente la incorrección moral de una conducta tiene que ser considerada condición necesaria para la legitimidad de su prohibición penal. Pero en el ámbito más específico no puede dejar de observarse, en cualquier caso, que en relación con la receptación la introducción del complemento de la incorrección moral disociada del daño (disociación que se reconoce contingente, no necesaria, en otras figuras) se usa en último término en este trabajo para administrar la conexión con el delito previo, conexión que, aunque se pretende desterrada desde el punto de vista de la lesividad (el rechazo a las teorías del mantenimiento o la perpetuación se hace descansar en buena medida en el resabio participativo que destilan), constituye una realidad estructural insoslayable en este delito, con múltiples implicaciones que históricamente han intentado canalizar por distintas vías las sucesivas propuestas doctrinales. Es precisamente «el hecho de que la receptación presente esta estructura compleja –señala la autora–, pues consiste en cometer un delito que conecta con otro delito, [el que] sugiere que, en este peculiar caso, tal vez la incorrección moral de la conducta no esté relacionada tanto (o únicamente) con el daño que provoca, sino, antes bien y especialmente, con esa conexión que, en tanto *conducta*, la vincula a un delito previo». La incómoda gestión de las implicaciones últimas del *Vortat*, por consiguiente, pudiera encontrarse entre las razones últimas que acaban motivando realmente ese reflexivo periplo por los caminos de la filosofía moral. Sea como fuere, parece claro que el sentido, justificación y límites de la amenaza punitiva es cuestión que puede discurrir por otros derroteros. En la incriminación de ciertas adhesiones postejecutivas se advierte precisamente y de manera especial que el sentido de la pena no descansa solo en la respuesta al daño generado por el delito previo, sino en la desincentivación de los de su clase combatiendo las posibilidades de agotamiento del delito, lo que revierte justamente en la intensificación de la protección de esos bienes iniciales, al combatir la creación de contextos favorables a la comisión de nuevos delitos. Precisamente ello ha permitido a cierta doctrina distinguir, por ejemplo, entre normas principales y normas de flanqueo (*flankierende Normen*), signo de la política criminal contemporánea. Es otra explicación posible. En cualquier caso, y volviendo al plano general, lo que a todas luces no parece es que distanciándose de la doble fundamentación de la incriminación que se propone se corra necesariamente el riesgo «de penar conductas dañinas pero correctas desde un punto de vista de moral positiva», que acaben deslegitimando al Derecho penal frente a la sociedad, como en cambio se afirma. Puntualizaciones pretendidamente aclaratorias como la que sostiene que ello «es lo que sucedería, por ejemplo, si el Derecho penal castigara –en vez de justificar– un homicidio cometido en legítima defensa con el fundamento de que, en definitiva, ha causado un daño» no resultan en ese sentido esclarecedoras ni tranquilizadoras, sino que antes parecen reclamar inmediatas consideraciones sobre la desvaloración general del hecho y la antijuridicidad.

Pero ninguna de las anteriores reflexiones críticas resta un ápice de interés al sugestivo estudio de VERDE, que a partir del núcleo central comentado se completa con la exposición de diversas cuestiones que la autora presenta como derivados de él, en contenidos que se suceden perfectamente compartimentados en los capítulos posteriores de la mencionada Parte segunda. El lector hallará aquí respuestas argumentadas, desde aquellos fundamentos, a la limitación del objeto material del delito a cosas que ya existían como tales antes de la comisión del ilícito patrimonial previo, negando la corrección de una eventual punición de la «receptación del subrogante» (receptación sustitutiva) y admitiendo solo muy excepcionalmente la de dinero (capítulo III); a la impunidad, por atipicidad (y no por considerarla un acto posterior copenado) de la autorreceptación (capítulo IV); y a las ya anticipadas sobre la relevancia penal que desde

aquellas premisas debe otorgarse a las conductas de venta o entrega lucrativa de cosas provenientes de un delito (capítulo V) y sobre la inherencia del «fin de lucro» en este delito, sin el cual «la conducta de receptar no puede ser considerada *prima facie* inmoral» (capítulo VI).

InDret
2.2020

Réplica a la recensión de Gustavo Beade a Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019* (*InDret,* (1), 2020)

Javier Cigüela Sola
Universitat de Barcelona
jciguela@ub.edu
-

La ciencia es una tarea dialógica, en la que los avances toman la forma de una discusión y replanteamiento permanente de ideas, tesis y argumentos entre quienes escriben y quienes leen. Cierto es, al menos desde que el soporte de ese avance es el medio escrito, que se trata de un diálogo extraño: y es que en el proceso de escritura el destinatario de las ideas es desconocido para quien las escribe, y en ese sentido uno habla con otro (todavía) ausente, incluso teme en ocasiones estar hablando para sí mismo (cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Buchdruck*, 2013, § 2.3). La existencia de un lector implica ya una primera materialización de ese diálogo, un primer encuentro, a menudo desconocido para el propio autor, con uno de esos "ausentes"; encontrar un recensionador, esto es, alguien que no solo lea sino que analice y critique públicamente lo escrito, no sería entonces sino la máxima expresión de esa materialización, y en ese sentido la fortuna de todo el que se dedica a la ciencia.

En mi caso esa fortuna ha venido de la mano de la excelente recensión del prof. Gustavo BEADE; tengo que decir que primero fui yo el lector ausente y él quien había plasmado sus ideas en sus artículos sobre castigo y pobreza, los cuales estuvieron permanentemente encima de mi mesa mientras escribía la obra que ahora ha reseñado. Ese diálogo tiene ya, por tanto, cierto recorrido; espero y deseo que lo siga teniendo.

Dicho lo anterior, la presente réplica pretendería comentar las dos críticas o puntualizaciones que el prof. BEADE señala acerca de *Crimen y castigo del excluido social.* Señala BEADE acerca de la primera parte –en la que trato de hacer un recorrido expositivo por las diferentes corrientes históricas de filosofía jurídico-política y su tratamiento del problema de castigar a los pobres y excluidos– que los puntos de partida de estos autores (ARISTÓTELES, Santo TOMÁS, HEGEL, MARX, FOUCAULT, LUHMANN, entre otros) son tan diversos que presentarlos como si hablasen de lo mismo no ayudaría a clarificar el problema. Creo que tiene razón en relación a la diversidad de puntos de partida metodológicos, y creo que la puntualización de BEADE capta bien el hecho de que la primera parte tendría una consistencia casi propia, aparentemente independiente, respecto del resto de la obra, mucho menos "manualística" y más cercana a lo que conocemos como ensayo académico. Sin embargo, digo "aparentemente independiente" porque sí creo que la primera parte explica *algo* acerca de por qué nos preguntamos actualmente acerca de la legitimidad del castigo de aquellos que están socialmente excluidos. Ese algo es precisamente el hilo conductor que permite conectar los planteamientos, diversos entre sí, pero interpelados por una misma pregunta, a saber: cómo es posible el orden social en contextos de pobreza y de extrema desigualdad, y en qué medida es eficaz y legítimo utilizar el Derecho penal para asegurar ese orden. Con independencia de que tal orden sea concebido como "moral" (PLATÓN,

PUFENDORF) o como "social" (HEGEL, ARENDT, LUHMANN), con independencia también de que la perspectiva sea acrítica (PLATÓN, JAKOBS, LUHMANN) o por el contrario crítica (MARX, FOUCAULT, WACQUANT, B.-Ch. HAN), el problema no deja de ser el mismo. Por ello, entender cómo se ha desarrollado la discusión permite, o así lo creo, al menos situar los presupuestos filosófico-políticos que subyacen a la pregunta por la legitimidad política del castigo del excluido; una pregunta que solo tiene sentido en una sociedad que –*grosso modo* más allá de HEGEL– entiende la pobreza como una cuestión social e institucional, y no como un problema perteneciente al reino de la moral y la caridad; y que entiende el castigo como un derecho condicionado y no absoluto del Estado, cuyo contexto ideal son sociedades inclusivas y democráticas.

La segunda crítica que apunta BEADE es que si admitimos que existen casos en los que el Estado carece de legitimidad para castigar a personas socialmente excluidas, no tendría sentido preguntarse acerca de cómo resolver dogmáticamente el caso en cuestión: el Estado debería simplemente dejar de investigar tales conductas y renunciar el proceso penal. La crítica es interesante, y la agradezco en tanto me permite explicar una toma de posición sistemática, sobre cómo se relacionan la teoría de la pena y la teoría del delito, que quizás aparece poco explícita en la obra. La réplica en este punto daría la vuelta a la objeción y sería la siguiente: solo mediante un correcto desarrollo dogmático de la teoría del delito es posible dar respuesta a los problemas de legitimidad de la pena en casos de exclusión social, en la medida en que la teoría de la pena, necesariamente abstracta, no puede ofrecernos el tipo de distinciones y argumentaciones que serían necesarias para determinar el alcance de la des-legitimación. Es precisamente en la teoría del delito, y concretamente mediante una re-construcción de la idea de inexigibilidad (pp. 329 ss.), donde podemos encontrar esas distinciones: según entiendo, aplicando una serie de ponderaciones (gravedad de la exclusión, gravedad del delito, conexión entre la conducta delictiva y la situación excluyente, entre otras), podremos llegar a la conclusión de que el castigo es ilegítimo y por tanto inaplicable o necesitado de moderación, pero sin ellas no encuentro el modo de que un juez pueda, con la suficiente seguridad jurídica (en este caso también conceptual), declarar que una conducta no se puede perseguir. No es, como indica BEADE, que los déficits prestacionales del Estado no sean importantes, sino al contrario: tan importantes son que las consecuencias que ellos tengan han de hacerse operativas mediante un fino bisturí –la teoría del delito– y no mediante trazos gruesos (sobre ello: p. 259). En ese sentido la propuesta, a diferencia de muchas de las que se han ido produciendo en la discusión, se inserta en una tradición muy concreta –la ciencia penal continental, muy influenciada por la dogmática penal alemana–, y de ella brota la tendencia a hacer dogmática de las cuestiones filosóficas.

Agradezco de nuevo a Gustavo BEADE las observaciones y críticas, y celebro que el debate sobre estas cuestiones –que tanto le debe a él, y también a otros colegas latinoamericanos– se encuentre hoy tan vivo entre nosotros.