InDret

Revista para el análisis del derecho

3.20

-

Julio de 2020

Sumario 3.20

Editoriales

-
***Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas:* déjà vu all over again**
Marco Celentani y Fernando Gómez Pomar i-x
-
La fecundidad de los años de la "Autónoma"
Santiago Mir Puig (1947-2020), in memoriam
Jesús-María Silva Sánchez xi-xiv
-
En defensa del Jurado en su 25 cumpleaños
Daniel Varona
- xv-xviii

Derecho privado

-
La protección de datos personales en el Registro de la Propiedad
Celia Martínez Escribano 1-24
-
El "dieselgate" ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer del tratamiento de la litigación masiva
Guillermo Ormazábal Sánchez 25-60
-
La digitalización del patrimonio cultural
La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital
María Serrano Fernández 61-111
-

Derecho Penal

-
¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión?
Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena
Ramón Ragués i Vallès 112-136
-
Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos
Adán Nieto Martín 137-173
-
El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión
Miguel Ángel Boldova Pasamar
- 174-213

Poena forensis *y retribución*
Propuesta para la restauración de una teoría
Carlos Pérez del Valle 214-259
-
El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma
Una aplicación del modelo del delito imperfecto
Juan Pablo Mañalich Raffo 260-284
-

Criminología

-
Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales
¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?
Elena Larrauri y Martí Rovira 285-318
-
La doble problemática del Terrorismo Yihadista en prisión
Una aproximación crítica a la respuesta del sistema penitenciario español
Carlos Fernández Abad 319-339
-
La inserción profesional de los criminólogos
Estudio de caso de la Universidad Pompeu Fabra
Clara Cortina Trilla y Aroa Arrufat Pijuan 340-357
-

Público y regulatorio

-
Monetización del déficit público y compra de la deuda soberana por el BCE/SEBC
(A propósito de la jurisprudencia Pringle-Gaweiler-Weiss del TJUE)
Alberto Ruíz Ojeda 358-405
-
Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado
Jordi Nieva-Fenoll 406-437
-
Reforming the US Stockholding and Voting Systems
Hadeel Al Sharqawi 438-477
-

Actualidad

-
Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (juny 2020)
Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de 5 i 11 de juny de 2020
Miriam Anderson 478-489

-
Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios
Notas al Estudio de la US Copyright Office sobre la sección 512 DMCA
Antoni Rubí Puig y Pol Solsona Vilarrasa 490-504
-
Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria
Adrián Segura Moreiras y Ernesto Alejandro Suárez Puga 505-534
-
Comentario a las "Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto"
Ignacio García-Perrote Martínez 535-550
-
Identidad, cesión de datos personales y la decisión* Privacy Shield *tras la STJUE Schrems II
Ignacio García-Perrote Martínez y Tomás Gabriel García-Micó 551-559
-
Error de prohibición en caso de situación legal confusa
Michael Pawlik 560-576
-
Hacia un esquema conceptual de diversos estilos de gestión penitenciaria
Israel L. Barak-Glantz 577-595
-

Recensiones

-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 596-626
-

InDret
3.2020

Editorial

Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: déjà vu all over again[1]

-

La recuperación económica del último lustro nos había, acaso imprudentemente, hecho olvidar por un tiempo que las instituciones para afrontar los problemas de solvencia del mayor número de los agentes económicos empresariales en España (PYMES, microempresas y autónomos) funcionan de manera muy imperfecta. El miedo a que el shock económico del COVID-19 y su secuela, no por temible menos real, deje un rastro de empresas que no pueden hacer frente a sus obligaciones de pago, vuelve a colocar esta triste observación acerca de nuestro sistema institucional y jurídico en primer plano de actualidad.

En una frase: los sistemas pre-concursales y concursales para personas físicas y agentes económicos de pequeña dimensión son un fracaso en España[2]. Veremos las cifras, contundentes, incontestables. De este modo, perdemos como sociedad las ventajas que su funcionamiento adecuado -no digamos ya óptimo- nos podría suponer.

Aunque no todos los observadores jurídicos y económicos son conscientes de ello, los sistemas pre-concursales y concursales de un país desempeñan tareas fundamentales para su actividad productiva. Si el buen funcionamiento de estos es trascendente siempre, aun en períodos de prosperidad económica , se hace decisivo cuando hemos de afrontar el impacto negativo de un evento macroeconómico devastador y debemos aprestar todo lo necesario para no vernos arrastrados por su potencial destructivo y comenzar la recuperación.

Las instituciones concursales y pre-concursales crean valor porque ofrecen un mecanismo para ordenar la diferenciación entre empresas viables (insolventes de forma transitoria, pero con buenas oportunidades de negocio) cuya deuda ha de ser reestructurada y empresas no viables (insolventes con carácter definitivo), que han de ser liquidadas[3]. A este respecto, distintos estudios demuestran que los sistemas más adecuados para afrontar las insolvencias conllevan

[1] Las ideas de este editorial están basadas en un trabajo en elaboración que desarrollamos con Miguel García-Posada, del Banco de España. La cita del título es de Yogi Berra.

[2] No celebramos comprobar que estábamos en lo cierto en nuestro editorial de InDret hace 5 años: Gómez pomar y Celentani (2015).

[3] White (1994).

mayor productividad agregada[4], más innovación[5] y mayores niveles de inversión por parte de las empresas[6]. Tampoco hay que olvidar que las instituciones concursales y pre-concursales determinan las tasas de recuperación del crédito por parte de los acreedores en caso de impago del deudor. Esto es fundamental para el volumen y las condiciones de crédito en una economía, tanto para empresas como hogares[7] y cuando los acreedores son entidades de crédito, su incidencia en la estabilidad financiera es de enorme relevancia.

Por otro lado, el concurso de personas físicas, si contiene mecanismos bien diseñados de exoneración de deuda, ofrece protección frente a las consecuencias negativas de los riesgos asumidos. Con ello se incentiva el emprendimiento y la toma de riesgos, pues los emprendedores tienen la posibilidad de aportar garantías personales para desarrollar sus proyectos con la confianza en una segunda oportunidad que no quedará lastrada por una eventual falta de éxito anterior[8].

Ambos aspectos, el de permitir una diferenciación ordenada de entidades económicas no viables que deben ser liquidadas y entidades económicas viables cuya deuda puede ser reestructurada y el de proporcionar seguro para las personas físicas que aportan garantías personales para la actividad económica, se combinan en el caso de microempresas y autónomos, cuya importancia en el tejido productivo español es notoriamente elevada. Según el INE, en el 2019 el 90.5% de las empresas del país eran microempresas (empresas con menos de 10 empleados) y la cifra de autónomos era de 1,9 millones.

Justamente pensando en las microempresas y los autónomos, tras una primera y modesta reforma en 2013[9], en el 2015 se reformó la Ley Concursal[10]. Las novedades más notables fueron la introducción de un mecanismo pre-concursal, el acuerdo extrajudicial de pagos, y de un mecanismo de segunda oportunidad. Ahora tenemos también el texto refundido de la Ley Concursal[11], que había comenzado su andadura antes de la pandemia y su previsible secuela de insolvencias empresariales, y que tiene prevista su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2020.

1. El acuerdo extrajudicial de pagos

Aparte de las personas naturales no empresarios (cuya inclusión fue una de las principales novedades de la reforma de 2015), los posibles beneficiarios del "acuerdo extrajudicial de pagos" (AEP en adelante) son los empresarios personas naturales cuyo pasivo estimado no supere los 5 millones de euros y las sociedades que cumplan determinadas condiciones (menos

[4] McGowan et al. (2007).

[5] Acharya y Subramanian (2009).

[6] Ponticelli y Alencar (2015).

[7] Giannetti (2003); Qian and Strahan (2007); Rodano, et al. (2016).

[8] Fan y White (2003); Armour (2004); Armour y Cumming (2008).

[9] Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, conocida comúnmente como "Ley de emprendedores".

[10] El 1 de marzo de 2015 entró en vigor el "Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

[11] Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE 7 de mayo).

de cincuenta acreedores, pasivo estimado que no supere los cinco millones de euros, activo que no exceda dicha suma). El modelo subyacente es que un mediador concursal (nombrado por el notario, el registrador mercantil o la comisión designada por la Cámara de Comercio de la lista oficial del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia) consiga que el deudor y sus acreedores lleguen a un acuerdo sin tener que recurrir al concurso.

Sin embargo, el AEP es una opción que en la práctica apenas se usa. En el caso de empresas, según los datos de Van Hemmen (2020a), sólo se han iniciado 93 AEP entre el 1 de marzo 2015 y el 31 de marzo de 2020. Además, las empresas que utilizan el AEP tienen ratios financieras muy similares a las concursadas, de modo que la evidencia no parece indicar que el AEP esté canalizando la reestructuración de deuda de empresas con mayor viabilidad que las que concursan y que, como veremos, acaban casi todas en liquidación.

Se han avanzado varias explicaciones. Se ha señalado[12] que el crédito público (Agencia Tributaria, Seguridad Social) es un componente importante de la deuda de microempresas y autónomos y que se ha dejado fuera del AEP, por decisión legal[13]. Se ha apuntado igualmente a que los incentivos económicos de los posibles mediadores para recomendar un AEP a los potenciales beneficiarios son muy escasos (por tener retribuciones muy bajas), por lo que la mayoría rechazan hacerlo o dejan de informar de la existencia de este procedimiento a potenciales interesados. Para los autónomos, el AEP sirve esencialmente para mejorar la exoneración del crédito ordinario (sin garantía: tarjetas de crédito, préstamos al consumo, etc.) en el posterior concurso de acreedores. Si no acuden al AEP, además del crédito contra la masa y el privilegiado, tendrían que pagar un mínimo del 25% del crédito ordinario. Si intentan el AEP, aunque fracase, no necesitan afrontar ese pago.

2. El mecanismo de segunda oportunidad

Además de profundizar en el AEP, la reforma del concurso individual del 2015 introdujo el "mecanismo de segunda oportunidad" (en adelante, MSO), una posibilidad de exoneración de deuda para personas físicas, con y sin actividad económica. El MSO permite a estos deudores, bajo ciertas condiciones y sujeto al cumplimiento de ciertas obligaciones, obtener la remisión de las deudas insatisfechas[14] tras la liquidación de sus activos para pagar a los acreedores, siempre que hubieran satisfecho todos los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial y general. Como fórmula alternativa, si el deudor no ha podido satisfacer todas las deudas mencionadas anteriormente con la liquidación de su patrimonio, puede acogerse a un

[12] Van Hemmen (2020b).

[13] Tanto en la Ley Concursal (art. 231) como en el Texto Refundido (arts. 655 y ss.) es clara la opción de la ley por establecer que el AEP y su resultado no afectan al crédito público y que los aplazamientos o fraccionamientos del mismo siguen su propia normativa.

[14] El crédito público también ha sido relevante en el MSO (si bien para los consumidores, típicamente ni las deudas tributarias ni las de Seguridad Social suelen constituir una parte importante del pasivo). El régimen legal del 2015 también dejaba fuera al crédito público (el cual había de seguir su normativa específica). Sin embargo, una ruidosa Sentencia del Supremo de 2 de julio de 2019 permitió que su posible exoneración (si no era crédito privilegiado) se incluyera en el plan de pagos aprobado judicialmente y además interpretó que podía exonerarse si se accedía a la exoneración por la vía alternativa al plan de pagos (AEP más pago de todos los créditos contra la masa y privilegiados). Ahora, el Texto Refundido ha vuelto a dejar claro que el crédito público no es exonerable (arts. 491 y 495 TRLC).

plan de pagos. Si el deudor acepta someterse a un plan de pagos de 5 años de duración quedará exonerado de los créditos ordinarios y subordinados, con alguna excepción, como los de alimentos. En cuanto a los créditos con garantía real, el deudor también puede quedar exonerado de la parte de estos que no haya podido satisfacerse con la liquidación de la garantía. La exoneración no requiere necesariamente el cumplimiento del plan de pagos, pues el juez puede declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero que hubiese realizado un esfuerzo sustancial para ello, entendido como destinar a su cumplimiento al menos el 50% de sus ingresos no inembargables.

El concurso personal está ligado con el concurso empresarial de pequeñas empresas ya que, aunque la actividad empresarial se desarrolle a través de una sociedad con limitación de responsabilidad, con elevada frecuencia las deudas de la empresa también son deudas personales del dueño de la empresa. Es decir, en el caso de las microempresas, la realidad muestra que la responsabilidad limitada a través de la forma societaria es muy imperfecta, pues los prestamistas a menudo requieren garantías personales o hipotecarias a los socios por las deudas de la sociedad[15]. Por ello, para las microempresas, y no solo para los autónomos, el MSO podría haber sido muy relevante para sus decisiones pre-concursales y concursales.

A pesar de las numerosas reformas[16] que ha sufrido la Ley Concursal y que han tratado de mejorar el funcionamiento del sistema todo indica que el uso de los mecanismos concursales sigue siendo muy bajo[17], y que el presente concursal no es tan distinto a la historia reciente en la que España ha destacado por tener una de las tasas de concursos (ratio entre empresas concursadas y empresas que salen del mercado) más bajas del mundo, incluso en momentos de crisis económica profunda[18]. El gráfico 1 sugiere que la reforma de 2015 ha tenido un cierto impacto para personas físicas, un impacto limitado para autónomos y un impacto prácticamente nulo para microempresas con entre 0 y 9 empleados.

[15] Berkowitz y White (2004).

[16] Desde su aprobación en 2003, una vez que entre en vigor el Texto Refundido de la Ley Concursal el próximo 1 de septiembre de 2020, habrá experimentado 28 modificaciones en 17 años, casi a razón de dos modificaciones por año de media.

[17] Véase Van Hemmen (2020a).

[18] Como ya pusieron de manifiesto Celentani et al. (2010). En el mismo sentido, García-Posada y Mora-Sanguinetti (2014).

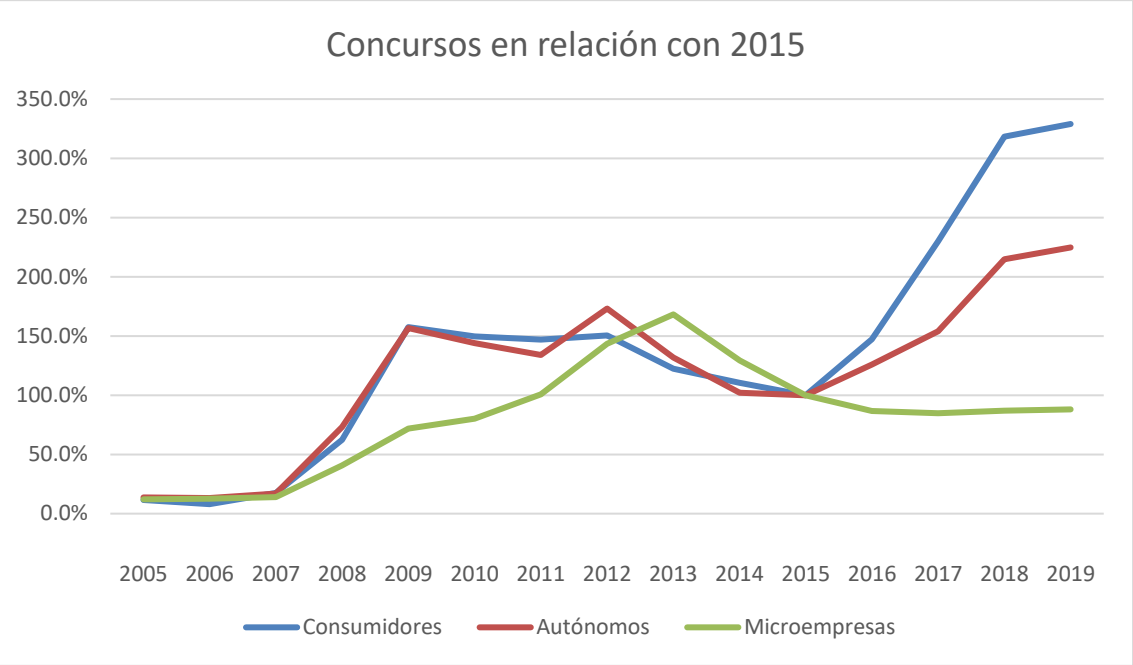


Gráfico 1: Concursos de consumidores, autónomos y microempresas (entre 0 y 9 empleados).

Fuente: Estadística del Procedimiento Concursal, INE

Los incrementos de concursos para consumidores y autónomos entre 2015 y 2019 pueden parecer notables, +229% y +124,7% respectivamente, pero no hay que olvidar que el número de concursos de 2015 (649 para consumidores y 182 para autónomos) era muy bajo en comparación con otros países de nuestro entorno y que incrementos del 229% y del 124,7% siguen arrojando cifras muy bajas para 2019 (2.135 para consumidores y 409 para autónomos) son. Para poner en perspectiva, en el 2019 frente a los 2.544 concursos de personas físicas y autónomos de España (0,54 concursos para cada 10.000 habitantes) Inglaterra y Gales tuvieron 38.219 (20,51 concursos para cada 10.000 habitantes)[19].

Resulta finalmente llamativo constatar que el número de concursos para microempresas, ya de por sí muy reducido, no solo no ha tenido ningún incremento sino que se ha reducido en un 12% entre 2015 y 2019, de tal forma que en 2019 tan solo 9,5 microempresas sobre 10.000 han acudido al concurso de acreedor, mientras en Francia lo hacían 104,8 microempresas sobre 10.000[20].

Los profesionales de administración concursal entrevistados por Van Hemmen (2020b) tienden a señalar el impacto limitado de la exoneración de las deudas personales con la excesiva longitud y severidad del plan de pagos, sugiriendo una reducción a tres años y la eliminación de ciertas condiciones de acceso (como la de no haber rechazado una oferta de empleo).

A pesar de las respuestas generalmente muy limitadas, los patrones diferenciales para consumidores y autónomos y microempresas pueden ofrecer unas indicaciones iniciales sobre las posibles causas de la escasa frecuencia con la que microempresas y autónomos acuden al procedimiento concursal. Además de los factores generales ya señalados, los costes del

[19] Fuentes: The Insolvency Service y Eurostat

[20] Fuentes: INE, Eurostat y Altares (2019).

procedimiento, en buena parte, fijos o no suficientemente dependientes del importe de deuda y activos, son un elemento disuasorio adicional[21]. Por otro lado, la exoneración parcial de la deuda puede ser menos eficaz por la relevancia del crédito público. Finalmente es probable que un importante elemento de disuasión sea la falta de una respuesta concursal ágil[22] que obedece en gran medida al insuficiente número de los juzgados especializados en materia concursal y otros asuntos (los Juzgados de lo Mercantil), que se colapsan con facilidad. Por todo ello, las empresas recurren al concurso solo como última opción, cuando su situación financiera está notablemente deteriorada: las empresas concursadas tienen en promedio una ratio de endeudamiento financiero frente a activos del 106%, el 47% de ellas tienen patrimonio neto negativo y el 93% concluyen con la liquidación, según los datos de García-Posada y Vegas (2018). A tal propósito conviene señalar que los concursos de persona natural no empresario son competencia de los juzgados de primera instancia (art. 85.6 LOPJ) que tienen menor congestión que los juzgados de lo mercantil.

3. La moratoria de solicitud concursal

El gobierno español, en el contexto de la crisis económica ocasionada por el Covid-19, ha aprobado el Decreto-ley 16/2020[23], que establece una moratoria concursal para todos los deudores, tanto empresas como personas físicas.

En concreto, suspende la obligación de los deudores de solicitar concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020 e impide que sus acreedores puedan realizar la solicitud antes de esta fecha. Los datos indican que la solicitud de concurso se inicia mayoritariamente por el propio deudor,[24] lo que se explica por las responsabilidades anejas al incumplimiento de la obligación que pesa sobre el deudor de solicitar el concurso en un máximo de dos meses después de que ocurriera la insolvencia, lo que se supone concurre tras tres meses de impagos de impuestos, contribuciones a la seguridad social o salarios.

El objetivo de esta obligación es, sin duda, evitar un retraso excesivo en el inicio del concurso y así conjurar el peligro de que cuando aquel se ponga en marcha no sea demasiado tarde y la empresa se encuentre ya en condiciones financieras muy precarias. No obstante, ya hemos ofrecido datos acerca de la falta de realización de la finalidad pretendida.

Si bien este esquema de incentivos pudiera acaso justificarse en circunstancias económicas normales, parece claro que constituye un mecanismo demasiado estricto durante los meses de confinamiento y paralización de la actividad económica implementados para frenar la pandemia y la grave recesión posterior. Por lo tanto, el objetivo de la moratoria en la solicitud de concurso es el de evitar que empresas con importantes pérdidas y déficits de financiación a corto plazo debidos a circunstancias exógenas, pero con proyectos viables en el medio y largo plazo, se vean abocadas a un procedimiento concursal que dificulte el poder acreditar y

[21] García-Posada y Mora-Sanguinetti (2014); Van Hemmen (2008).

[22] En España, los concursos de acreedores han sido tradicionalmente procedimientos muy lentos, pues duran más de tres años en media, según García-Posada y Vegas (2018).

[23] RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 29 de abril).

[24] Alrededor del 85%, según Celentani et al. (2010).

confirmar su viabilidad. Su objetivo no es distinto al de otras políticas económicas adoptadas en el estado de alarma, y que tratan de proteger a las PYMES y autónomos que han tenido un duro shock de liquidez provocado por el confinamiento. Se les ofrece esa liquidez bien mediante nuevo crédito facilitado con esquemas de garantía pública (las líneas de avales ICO), bien mediante moratorias fiscales y de contribuciones a la Seguridad Social, bien a través de moratorias relativas a algunas obligaciones de pago preexistentes (arrendaticias, hipotecarias, de otra financiación), lo que supone poder financiarse a corto plazo con cargo a sus contrapartes en tales contratos.

El loable propósito de estas medidas es evitar que un shock negativo de liquidez de carácter transitorio se convierta en un problema de solvencia. No obstante, la moratoria en la solicitud de concurso, al igual que algunas de esas otras medidas, pueden tener un efecto colateral adverso: permitir una mayor tasa de supervivencia de empresas *zombie*, esto es, empresas no viables que, en ausencia de medidas artificiales de sostenimiento -refinanciaciones bancarias o nuevo crédito de sus contrapartes contractuales- desaparecerían en un breve plazo. Esta supervivencia asistida supone una mala asignación del capital y pérdidas de productividad.[25]

En todo caso, estos factores probablemente tendrán un impacto limitado en las microempresas y los autónomos, dado su bajo nivel de utilización del sistema concursal. En concreto, su salida del mercado, en caso de no conseguir financiación adicional y de carecer de colchones de liquidez, normalmente se canalizará por otras vías informales no concursales.

4. ¿Qué queda por hacer?

Si, como resulta en apariencia aconsejable, queremos orientar la crisis de microempresas y autónomos por el cauce concursal, discriminando mediante este sistema entre agentes viables y no viables, y al mismo tiempo maximizando la recuperación ordenada del crédito por parte de los acreedores, en el corto plazo no parece que podamos eludir al menos tres medidas que suponen invertir recursos y modificar la estructura institucional del concurso[26].

La primera tiene que ver con la capacidad del sistema judicial español para hacer frente a la importancia de la tarea concursal, de acuerdo con el grado de utilización del concurso que parecería deseable a la luz de la comparativa con otros países de nuestro entorno. Parece que nosotros estamos anclados en un círculo vicioso de poca demanda de concursos (lo que no se debe confundir con escasa necesidad por parte del sector productivo de acudir a mecanismos pre-concursales y concursales), poca capacidad de respuesta de la administración de justicia y, como resultado de equilibrio, escasos concursos, generalmente resueltos en plazos dilatados y que suelen acabar en liquidación. Esto a su vez disuade a las empresas viables de acudir al concurso, lo que reduce la demanda y el círculo recomienza. Parece necesario reforzar la capacidad de respuesta concursal de los Juzgados de lo Mercantil, que tienden a congestionarse

[25] MacGowan et al. (2007).

[26] En el plan de choque aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 7 de julio para hacer frente a la litigiosidad post Covid-19, aunque se incluyen los Juzgados de lo Mercantil, que concentran los procedimientos concursales empresariales, no hay medidas suficientemente intensas y bien financiadas para afrontar los nuevos retos concursales que se aproximan una vez se alce la moratoria de solicitud de concursos.

con facilidad[27]. Esto alarga mucho la duración de los concursos de acreedores, lo que no resulta deseable ni desde el punto de vista de la administración de justicia ni para la consecución de los efectos favorables sobre el volumen y condiciones de financiación del crédito derivados de una cierta política concursal.[28]

La segunda es intervenir para asegurar la participación y el desempeño de profesionales preparados en los procesos pre-concursales y concursales, por ejemplo incrementando las retribuciones de los mediadores concursales a quienes se encomienda la gestión y negociación del AEP, garantizando las retribuciones de los administradores concursales, aumentando el alcance de aplicación de la justicia gratuita en el ámbito concursal, o encontrando fórmulas para promover el trabajo "pro bono público" en este ámbito.

La tercera es diseñar mecanismos concursales específicos para microempresas y autónomos más agiles y menos costosos que el procedimiento concursal propio de empresas de mayor tamaño y volumen de activo y pasivo, lo que sin duda lo hace más complejo y oneroso. Algún tipo de "*fast-track procedure*" puede inducir a las empresas pequeñas y a los autónomos a no buscar vías alternativas -y probablemente, menos adecuadas- para afrontar sus problemas de solvencia.[29]

Marco Celentani Fernando Gómez Pomar

[27] Van Hemmen (2020a).

[28] Ponticelli y Alencar (2016) analizan una reforma de la ley concursal brasileña que fortaleció los derechos de los acreedores y encuentran que tuvo un efecto mayor, en términos de acceso a la financiación y la inversión de las empresas, en aquellos municipios con juzgados menos congestionados.

[29] García-Posada y Mora-Sanguinetti (2014) muestran que las microempresas españolas invierten excesivamente -en comparación con sus homólogas de otras economías- en activos tangibles (suelo, edificios, maquinaria) para tener colateral con el que acceder a crédito hipotecario en condiciones de financiación favorables, ya que los acreedores, en caso de impago, pueden recurrir a ejecutar la garantía hipotecaria de forma rápida y menos costosa que en un procedimiento concursal. No obstante, García-Posada (2013) muestra que dicha estrategia puede generar diversos tipos de ineficiencias.

REFERENCIAS

Acharya, V. y K. Subramanian (2009): "Bankruptcy Codes and Innovation," *The Review of Financial Studies*, Volume 22, Issue 12, pp. 4949–4988-

Altares (2019): Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France.

Armour, J. (2004): "Personal Insolvency Law and the Demand for Venture Capital," European Business Organization Law Review 5, pp. 87-118.

Armour, J. y D. Cumming (2008): "Bankruptcy Law and Entrepreneurship," American Law and Economics Review, V10 N2, pp. 303–350.

Berkowitz, J. y M. White (2004): "Bankruptcy and Small Firms' Access to Credit," Rand Journal of Economics, 35:1, pp. 69-84.

Celentani, M., García-Posada, M. y F. Gómez (2010): "The Spanish Business Bankruptcy Puzzle and the Crisis," FEDEA Working Paper 2010-11.

Fan, W. y M. White (2003), "Personal bankruptcy and the level of entrepreneurial activity," 46:2, Journal of Law and Economics 543-68.

García-Posada, M. (2013): "Insolvency institutions and efficiency: the Spanish case, Banco de España Working Papers, no 1302.

García-Posada, M. y Mora-Sanguinetti, J.S. (2014): "Are there alternatives to bankruptcy? A study of small business distress in Spain," SERIEs, Journal of the Spanish Economic Association, 5 (2–3), pp. 287–332.

Giannetti, M. (2003): "Do Better Institutions Mitigate Agency Problems? Evidence from Corporate Finance Choices," Journal of Financial and Quantitative Analysis, 38(1), 185-212.

Gómez Pomar, F. y Celentani, M. (2015): "Por fin, pero …", InDret 2/2015.

McGowan, M.A., Andrews, D. y V. Millot (2007): "Insolvency regimes, zombie firms and capital reallocation," Economic Department Working Papers Eco 31.

Rodano, G., N. Serrano-Velarde y E. Tarantino (2016): "Bankruptcy Law and Bank Financing," Journal of Financial Economics, Volume 120, Issue 2, pp. 363-382.

Ponticelli, J. y S. Alencar (2016): "Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil" Quarterly Journal of Economics, 131 (3), pp. 1365-1413.

Morrison, E. (2009): "Bargaining around Bankruptcy: Small Business Workouts and State Law" The Journal of Legal Studies, Vol. 38, No. 2, pp. 255-307.

Qian, J. y P. Strahan (2007): "How Laws & Institutions Shape Financial Contracts: The Case of Bank Loans," Journal of Finance, 52(6), 2803-2834.

Van Hemmen E. (2008): Estadística concursal. Anuario 2007. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid

Van Hemmen E. (2012): Estadística concursal. Anuario 2011. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid

Van Hemmen E (2020a): Estadística concursal. Anuario 2019. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid

Van Hemmen (2020b): "Acompañando la segunda oportunidad", Anuario de Derecho Concursal, número 50.

White, M. (1994): "Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganizations and Out-of-Court Debt Restructurings," Journal of Law, Economics and Organization, 10, pp. 268-295.

InDret
3.2020

Editorial

La fecundidad de los años de la "Autónoma"

Santiago Mir Puig (1947-2020), in memoriam

-

Como saben todos los lectores, el pasado 6 de mayo falleció Santiago MIR PUIG. Para una mera necrológica, es tarde.[1] Para el recuerdo emocionado, seguramente no es este el lugar. Una valoración completa de la trascendencia de su obra, que apenas se puede palpar en los dos Libros Homenaje que recibió en vida, requiere tiempo y distancia.[2] Con todo, sí es posible perfilar aquí —a modo de breve homenaje— una característica que le resalta frente a cualquier otro penalista de nuestra cultura. En efecto, una gran singularidad de la obra de MIR PUIG es que, siendo esencialmente sistemática, su estructura se define con firmeza ya en los últimos años de la veintena y los primeros de la treintena del autor. Así, en el período comprendido entre 1976 y 1982 —sus años en la Universidad Autónoma de Barcelona— quedan fijados los fundamentos de su teoría del Derecho penal. Por tanto, puede afirmarse que las obras determinantes de su trayectoria son la *Introducción a las bases* (1976)[3] y las dos ediciones (1979, 1982) de la *Función de la pena y teoría del delito*.[4]

Ciertamente, la *Introducción*, pese a estar condicionada por la estructura propia del primer ejercicio de las tradicionales "oposiciones a cátedra" —concepto, método y fuentes de la disciplina—, no era nada convencional. Desde sus primeras páginas,[5] proponía la liberación de la dogmática de la actitud positivista por dos

---

[1] Se han escrito muchas. Entre ellas, pueden confrontarse los enlaces: https://www.upf.edu/web/dret/noticies//asset_publisher/W8R4C1KECQlt/content/id/234837493/maximized, sobre MIR PUIG y la Universidad Pompeu Fabra; https://runrun.es/opinion/406693/santiago-mir-puig-en-venezuela-in memoriam-por-juan-luis-modolell-gonzalez/, sobre MIR PUIG y Venezuela; https://aldia.microjuris.com/2020/05/07/in-memoriam-santiago-mir-puig/, sobre MIR PUIG y Puerto Rico.

[2] LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010; SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (eds.), *Estudios de derecho penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Edisofer, Madrid, 2017. También el homenaje en alemán: *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*, en el núm. 12 de la *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* de 2017.

[3] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1976.

[4] *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1979; 2ª ed., 1982. A lo que cabría añadir las Adiciones de Derecho español a la traducción del Tratado de JESCHECK (*Tratado de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1981), que se convirtieron en el embrión de su manual.

[5] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, pp. 8, 82-88.

vías: por un lado, mediante la introducción de consideraciones valorativas ("políticas", decía);[6] por otro lado, mediante la orientación a la realidad del caso.[7] No es difícil advertir aquí la influencia de Claus ROXIN, un autor de cabecera para MIR PUIG. Sin embargo, lo cierto es que una de las influencias fundamentales en la *Introducción* fue la de un libro de Rolf Peter CALLIESS (1935-2018).[8] Esta obra, no especialmente relevante en la discusión alemana, se convirtió, mediante su recepción por MIR PUIG, en un libro famoso en España, hasta el punto de ser conocido —al menos de oídas— para todos los penalistas españoles de los años ochenta en adelante. CALLIESS proponía la reconstrucción de la teoría del Derecho penal con base en dos criterios fundamentales: por un lado, la función social comunicativa de las normas penales; por otro lado, la orientación al marco político-constitucional. En cuanto a lo primero, se podía advertir en él la acogida del funcionalismo propio de la teoría de los sistemas sociales, aunque en una variante dialógica.[9] Esta respondía a la influencia intelectual tanto de Talcott PARSONS y de LUHMANN, como de HABERMAS. Sin embargo, pese a la simpatía con la que valoraba esta concepción de las normas,[10] lo cierto es que MIR PUIG no la desarrolló. En cambio, la orientación a la Constitución que proponía CALLIESS, aunque enfocada en términos algo distintos,[11] se convirtió en el signo de distinción de toda la obra de Santiago MIR PUIG.[12] La adopción del método de una dogmática creadora tomaba así, como referencia fundamental, las que a su juicio eran las valoraciones básicas derivadas de la noción de Estado social y democrático de Derecho. Esta noción había sido acogida en la Constitución española de 1978 siguiendo el modelo alemán.

Para la visión del Derecho penal de MIR PUIG era decisiva la concepción imperativa de la norma.[13] Sin embargo, ello no se debía a razones de ontología de las normas ni de la acción, sino decididamente funcionales. En efecto, MIR PUIG vinculaba la concepción imperativa con la función de motivación de las normas —y también de las conminaciones penales abstractas—. Por eso, y pese a que en sus reflexiones siempre estuvo presente Armin KAUFMANN,[14] desde 1976 se advertía en él asimismo la influencia de Enrique GIMBERNAT ORDEIG.[15] En todo caso, la consecuencia dogmática de ese enfoque era inicialmente la inclusión en el centro del injusto del "momento subjetivo de desobediencia, el dolo", como "voluntad negadora de la prohibición o

---

[6] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, pp. 288-293, 303. Aludía a que "proclamar una metodología políticamente 'comprometida' constituye una exigencia del actual momento cultural" (p. 301). En concreto, a la idea de Estado democrático, que es garantía no sólo de la libertad formal y de la fraternidad de los ciudadanos, sino de su "efectiva —concreta— igualdad" (p. 302).

[7] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, pp. 281 ss.

[8] CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Fischer, Frankfurt, 1974.

[9] En 2005 apareció, con occasion de sus setenta años, una recopilación de trabajos de CALLIESS precisamente bajo este título: CALLIESS, *Dialogisches Recht. Beiträge zur Rechtstheorie und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

[10] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 30.

[11] Para CALLIESS, en una línea crítica bastante en boga en los años setenta, la pena sólo podía ser aseguramiento y resocialización participativa (dialógica). MIR PUIG compartía el alejamiento de la retribución, pero en su planteamiento lo decisivo era la prevención general negativa.

[12] MIR PUIG, «Rechtsgüterschutz durch dialogisches Strafrecht», *GA*, 2006, pp. 667 ss.

[13] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 56.

[14] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 58, nota 87.

[15] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 57-58, 106-107.

mandato".[16] Esta línea la desarrolló en *Función de la pena y teoría del delito* y, todavía más, en su trabajo sobre la perspectiva *ex ante* en la teoría del delito.[17]

En este punto, sin embargo, hubo siempre un "pero". Poco a poco, fue pensando que una concepción del sistema que se centrara en la infracción de la norma de conducta era autoritaria. Además, tenía el inconveniente de que aparentemente dejaba fuera de la antijuridicidad la producción del resultado. Si se examinan las dos ediciones de *Función de la pena y teoría del delito* se puede advertir la incomodidad que generan en MIR PUIG las críticas a la minusvaloración del resultado y la asociación de su planteamiento a las tesis de ZIELINSKI en Alemania. Esa preocupación le acompañó durante años. Una segunda incomodidad derivaba de que el sujeto activo solo puede infringir la norma si conoce que está actuando contra los bienes jurídicos. Esto significa que el conocimiento de la antijuridicidad tiene que ser requisito de la antinormatividad. Pero entonces está claro que no cabe identificar antijuridicidad y antinormatividad. A mediados de los noventa, creyó haber resuelto ambos dilemas. Para ello era necesario articular dos conceptos que se entrecruzaban parcialmente. Por un lado, un concepto objetivo-subjetivo de antijuridicidad, que constituiría la columna (des-)valorativa del delito, incluyendo tanto el desvalor del resultado como el de la conducta. Por otro lado, un concepto de antinormatividad entendida como infracción, que necesariamente tenía que comprender el conocimiento de la antijuridicidad. Esta sería condición de la denominada imputación personal.[18]

En cuanto al objeto de protección del Derecho penal, MIR PUIG partía ciertamente de ROXIN, pero se alejaba de este para incorporar los desarrollos funcionalistas de CALLIESS. Afirmaba que el Derecho penal solo podía utilizarse "respecto de hechos disfuncionales para los sistemas sociales".[19] Pero "si el Derecho ha de proteger los sistemas sociales, es solo en cuanto ello supone la defensa del individuo". El peligro de la idea de la "disfuncionalidad" es que se tomen en cuenta solo "las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo".[20] Al tiempo, acogía también el concepto de bien jurídico de CALLIESS: posibilidad concreta y voluntaria de participación en los sistemas sociales. Este concepto no lo abandonó nunca, como tampoco lo hizo con la función de motivación de las normas. Esta última la vinculaba con su justificación del Derecho penal sobre la base de la protección de bienes jurídicos mediante la coacción psicológica.

En efecto, pese a los matices que fue introduciendo con el paso de los años,[21] MIR PUIG se mantuvo en una fundamentación del Derecho penal sobre la prevención general negativa. Como FEUERBACH y GIMBERNAT ORDEIG, él era determinista, aunque esto no le condujo a desechar la propia noción de responsabilidad. Sí rechazaba, por entender que era moralizante, el término

---

[16] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 58. Compárese esto con las páginas 44-45 de la primera edición de *Función de la pena* (1979): lo prohibido sería una conducta que pueda "modificar las expectativas sociales".

[17] «La perspectiva ex ante en Derecho penal», *ADPCP*, 1983, pp. 5 ss.

[18] «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», *ADPCP*, 1994, pp. 5 ss.; «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 73 ss.; «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1307 ss.

[19] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 136

[20] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 138.

[21] «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, pp. 48 ss.

"culpabilidad" y hablaba de imputación personal, cuyo contenido vinculaba a la idea de igualdad. En 1976 le había dado un fuerte contenido socio-político a esa idea. Así, mantenía que la "realidad del hombre concretamente condicionado por sus circunstancias económico-sociales" conduce a que "la concreta culpabilidad dependa también de estas circunstancias sociales, que pueden llegar a excluirla y a menudo la han de modificar".[22] Ello lo reiteraba, con más suavidad, en 1982. Pero finalmente no lo desarrolló. En todo caso, la idea de culpabilidad la concibió desde esos primeros años como un límite a la prevención. Ello le distanciaba del ROXIN de los años setenta —no tanto del ROXIN posterior— y, desde luego, de GIMBERNAT ORDEIG.[23] Con esa pretensión limitadora, adoptó la noción de motivación normal, presente ya en VON LISZT, como base de la culpabilidad.

Finalmente, el sistema se cerraba, también por influencia de ROXIN y CALLIESS, que lo derivaba de la noción de Estado democrático, con la configuración resocializadora de la ejecución de la pena. En todo caso, su idea era que la ejecución estuviera presidida por una concepción dialógica, esto es, participativa y no autoritaria.[24]

Para acabar de situar al MIR PUIG de 1982 sería necesario dar mayor extensión a estas páginas. Cabe discutir, en concreto, qué clase de normativista era MIR PUIG,[25] porque *volens nolens* lo era. Mi opinión es que era un normativista individualista y que lo que rechazaba era un normativismo social o jurídico construido sobre la base del funcionalismo holista. Asimismo, hay que discutir sobre qué teoría de la interpretación de las leyes sostenía, porque en 1976 se había adherido a las tesis de la *Juristische Methodik* de Friedrich MÜLLER,[26] aunque luego no le dio más vueltas a esa doctrina.

Conocí a Santiago MIR PUIG en octubre de 1977. No compartía muchos aspectos de su *Weltanschauung*, cosa que a ninguno de los dos nos importó nunca. En junio de 1981, le confirmé que quería ser penalista académico bajo su dirección. Si se tiene en cuenta lo que pude oír y leer en esos años, creo que es fácil entender por qué. Muchas gracias y hasta siempre, querido Santiago.

Jesús-María Silva Sánchez

---

[22] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 316.

[23] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 67, 97, 100, 124 ss.

[24] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, p. 109, 164-165.

[25] «Límites al normativismo en Derecho penal», en VV.AA., *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 665 ss.

[26] *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., 1976, pp. 333 ss.

InDret
3.2020

Editorial

En defensa del Jurado en su 25 cumpleaños

-

Se cumplen este año 2020 veinticinco años desde la reinstauración en nuestro sistema de justicia penal de una institución tan capital como, paradójicamente, desconocida como es el juicio por jurado. Queremos por tanto aprovechar la editorial de este número de la revista *InDret Criminología y Sistema de Justicia Penal* para recordar esta efeméride y hacer un llamamiento a los investigadores de los más diversos ámbitos de las ciencias sociales a dirigir su atención a esta institución.

El juicio por jurado implica sin duda alguna un reto mayúsculo para todo sistema de justicia penal altamente burocratizado como el nuestro. Max WEBER en su obra magna *Economía y Sociedad* (1922)[1], equiparaba la figura del jurado anglosajón con formas antiguas de impartir justicia basadas en la "equidad" o los sentimientos (y análogas así a los oráculos) contraponiendo a ello la formalización y burocratización moderna de la justicia:

> *...toda administración popular de la justicia, y ello tanto más cuanto mayor sea su carácter popular, juzga siempre de acuerdo con el "sentimiento" concreto, éticamente condicionado o (...) política o social y políticamente condicionado.* (860) *(...) la administración popular de la justicia del jurado "popular" [r]esponde al sentimiento de los legos no educados jurídicamente, a quienes ofende siempre en el caso concreto el formalismo del derecho, así como al instinto de las clases no privilegiadas que reclaman una justicia del tipo material. Pero precisamente contra esta peculiaridad del jurado, con su carácter relativo de justicia popular, se levantan ataques que vienen de los dos lados. (...) Por otra parte, la educación jurídica escolar reacciona contra la justicia de los legos con la pretensión de que éstos –cuya decisión, impugnable a menudo en alto grado desde el punto de vista jurídico-formal, pero sin fundamento ni susceptible de impugnación material, por lo cual se halla en el mismo plano de un oráculo irracional- queden subordinados en la función jurisdiccional al control de los técnicos, es decir, que se creen colegios mixtos en los cuales los legos –así lo revela la experiencia- estarían sometidos al influjo de los juristas profesionales... (931-932).*

[1] Citado de la edición de 2014 de Fondo de Cultura Económica (México).

Probablemente por ésta y otras razones, a pesar de que ya en el art. 125 de la *Constitución Española* se decía que *"Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine",* tuvieron que pasar casi dos décadas para que se aprobara finalmente la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

De la Exposición de Motivos de esta ley quisiera destacar los siguientes apartados:

> *Por encima de concepciones pro o antijuradistas, nuestra Norma Fundamental enlaza el instrumento del jurado, de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: La participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del artículo 23.1 de la Constitución española, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del 24.2 de nuestro texto fundamental.*
>
> *En efecto, nos encontramos, de una parte ante una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente a la condición de jurado. De ahí que deba descartarse el carácter representativo de la Institución y deba reconocerse exclusivamente su carácter participativo y directo.*
>
> *(...) La Ley parte de la concepción de que el Estado democrático se caracteriza por la participación del ciudadano en los asuntos públicos. Entre ellos no hay razón alguna para excepcionar los referidos a impartir justicia, sino que por el contrario se debe establecer un procedimiento que satisfaga ese derecho constitucional de la forma más plena posible. (...) No se trata, en definitiva, de confiar en la capacidad de los ciudadanos, como si fuera tolerable en un sistema democrático la alternativa negativa.*

La significación política de la institución del jurado es el aspecto crucial que explica su nacimiento y debería presidir su funcionamiento: el jurado es un instrumento de participación democrática de la ciudadanía en la administración de justicia.

Existe en la actualidad un debate intenso en la doctrina penal y criminológica sobre la conveniencia (o no) de una mayor participación ciudadana tanto en la génesis como en la aplicación del derecho penal (vid. un resumen en VARONA)[2]. Este es un debate antiguo, que recientemente ha vuelto a primer plano a raíz de la deriva punitiva que muchos países (entre ellos España) están experimentando, según el diagnóstico mayoritariamente compartido por la doctrina penal y criminológica.

Deriva punitiva, que para muchos se explica por haber hecho permeable el derecho penal a la presión popular, ávida siempre de mayores castigos. Son muchos los matices que cabe hacer a tal afirmación sobre la etiología de la evolución moderna de la política criminal. Como señala LARRAURI (2009)[3] si se admite esta simplificación, ello conllevaría un dilema: optar por el

[2] "Derecho Penal Democrático y participación ciudadana", *InDret*, Penal, 2-2018

[3] "La economía política del castigo". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Volumen 11, págs. 1-22.

elitismo comporta una política penal benigna, en tanto que apostar por la participación democrática implica el riesgo de aumentar la severidad penal.

No obstante, algunos autores (entre los que me incluyo) creen que este riesgo puede conjurarse apostando por formas "densas" de participación ciudadana en la justicia penal. En el ámbito de la política criminal, recurrir a meros sondeos de opinión a una muestra más o menos representativa de ciudadanos no informados sobre un tema, no supone ningún avance en la construcción de un derecho penal democrático. Mucho más prometedora en este ámbito es la realización de encuestas deliberativas, en la línea de una democracia deliberativa[4], por lo menos para todos aquellos que creemos que deben superarse formas de captación superficiales de la opinión ciudadana, propios, a su vez de formas débiles de democracia (como es la democracia representativa).

En el ámbito de la aplicación de la justicia penal, una forma clásica "densa" de participación ciudadana es el jurado. "Densa" en el sentido de decisoria, esto es, los ciudadanos no son meros espectadores de la administración de justicia, sino sus auténticos protagonistas. Este tipo de participación ciudadana es el que creemos que debe presidir la construcción de un derecho penal democrático, pues además no conduce a mayores castigos o represión penal. De hecho, con respecto al jurado, existe investigación comparada, como por ejemplo el clásico y seminal estudio de KALVEN/ZEISEL, *The American Jury*, (1966) que ha demostrado empíricamente que los jurados son menos punitivos y tienen un porcentaje de absoluciones mayor que los tribunales profesionales.

Desde esta perspectiva, que abiertamente yo comparto (vid. VARONA, op.cit. 2018), hemos de congratularnos de los veinticinco años del jurado en nuestro país, ya que las fuerzas "conservadoras" que siempre han puesto reparos a esta institución y han tratado de limitar su potencial, no han logrado de momento eliminarla de nuestro sistema penal. Probablemente por el influjo de tales fuerzas "conservadoras", aunque nuestro sistema, en la letra de la ley, es de "jurado puro" (esto es, formado solo por ciudadanos legos en derecho), en la práctica se ha limitado de forma relevante su potencial, acercándolo a un jurado más bien escabinado o mixto. En este sentido, ya nació con una competencia muy limitada, se estableció la posibilidad de su disolución anticipada, se obliga a motivar la resolución, se le somete a ciertas instrucciones y, sobre todo, se limita de forma muy relevante el contenido de su veredicto mediante el llamado "objeto del veredicto" (art. 52 Ley del Jurado; esto es, un listado cerrado de las cuestiones sobre las que el jurado se deberá pronunciar).

Asimismo, al margen de congratularnos de la persistencia de la institución, también quisiera aprovechar este pequeño escrito como exhorto a los investigadores en ciencias sociales para que dirijan su mirada al jurado, pues se trata de un órgano lamentablemente desconocido en España. Más allá de unos pocos estudios de psicología jurídica, ni la doctrina penal, ni la ciencia política, ni la criminología en nuestro país han dedicado la atención que merece esta institución. Y la falta de estudios deja a los defensores de esta institución carentes de argumentos empíricos con los que tratar de contener los ataques al jurado y, por elevación, a la participación ciudadana en la justicia penal.

[4] Sobre este tema vid. mi libro *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo*. Marcial Pons, 2016.

Esta es una tarea que nos compete especialmente a todos los que defendemos la construcción de un derecho penal (más) democrático. Próximamente verá la luz un estudio que he realizado sobre la respuesta que los jurados dan en nuestro país a una constelación muy particular de casos, conocidos en la doctrina alemana como *"Haustyrannen-mord"* (muerte del tirano del hogar), esto es, los supuestos en los que una mujer, reiteradamente maltratada por su pareja, finalmente acaba rebelándose contra él (matándolo). La novedad fundamental del trabajo es comparar la respuesta del jurado con la que, en supuestos análogos (cuando la mujer intenta matar al tirano, sin conseguirlo), da la justicia profesional. No quisiera hacer "spoiler" de mi propia investigación, pero sí puedo avanzar que es absolutamente sorprendente la gran diferencia de trato que existe en estos casos entre uno y otro tipo de justicia ("popular vs. profesional"), y no es precisamente la justicia popular la que sale malparada…

Daniel Varona

InDret
3.2020

La protección de datos personales en el Registro de la Propiedad

Celia Martínez Escribano
Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
Universidad de Valladolid
-

Sumario

-

La publicidad es un elemento consustancial al Registro de la Propiedad, pues proporciona seguridad jurídica dando a conocer la situación jurídica de los inmuebles y la identidad de los titulares de derechos y cargas. Pero esta publicidad nunca ha sido indiscriminada. Sin embargo, desde la aparición de la normativa sobre protección de datos comenzó a apuntarse la necesidad de adaptar el Registro a esta materia porque la privacidad que se protege con la protección de datos puede chocar con la publicidad registral. La adaptación, hasta la fecha, ha sido mínima. Tras la última regulación en materia de protección de datos, vuelve a plantearse esta necesidad. En esta situación, el presente trabajo ofrece una visión de cómo la protección de datos llega a impregnar todo el ámbito registral y analiza las carencias de la regulación vigente y las respuestas que ofrece la DGRN para solventar los problemas en la práctica, quizá sin el suficiente marco normativo.

Abstract

-

Disclosure is a core element of Land Registry, as it provides legal security by letting know the legal situation of property and the identity of the holders of rights and burdens. But, disclosure has never been indiscriminate. Nevertheless, since the regulation on personal data appeared, the need to adapt Land Registry was highlighted by considering that privacy protected by personal data could clash with Registry disclosure. But, nowadays, adaptation has been minimal. After the last regulation in data protection, this need restates. In this context, this paper shows how personal data spreads over the whole Registry and analyses both deficiencies of current regulation and answers of the DGRN to resolve practical problems, perhaps without the required legal framework.

Title: *Personal data protection in the Land Registry*

-

Palabras clave: Registro de la Propiedad, datos personales, publicidad, privacidad, interés conocido, interés legítimo
Keywords: *Land Registry, personal data, disclosure, privacy, legitimate interest, known interest*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.01

InDret

3.2020

Recepción
21/04/2020
-
Aceptación
08/07/2020
-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *Los Datos Personales en el Registro de la Propiedad*
   2.1.- Datos personales en sentido estricto
   2.2.- Categorías especiales de datos personales
   2.3.- Datos personales en sentido amplio
3. *El Tratamiento de los Datos Personales en el Registro de la Propiedad*
4. *La Publicidad en el Registro de la Propiedad y la Protección de los Datos Personales*
   4.1.- Formas de publicidad en el Registro de la Propiedad
   4.2.- El requisito para solicitar información registral: el interés conocido
5. *Criterios para la Protección de Datos en el Registro de la Propiedad: El Juicio de Ponderación*
6. *Valoración Final*
7. *Tabla de sentencias*
8. *Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

La protección de datos personales es uno de los retos de este siglo. Aunque no es un tema excesivamente nuevo (la primera regulación en España data de 1992), sí es cierto que paulatinamente hemos ido tomando una mayor conciencia de la importancia de esta materia, debido especialmente a los avances tecnológicos en relación con el tratamiento de los datos, en especial los macrodatos o *big data*, que incrementan el riesgo de vulneración de la intimidad de la persona a través del uso que se dé a los mismos.

La protección de los datos personales encuentra su tutela al más alto nivel como derecho fundamental protegido a través del art. 18.4 CE, pero también en el ámbito de la Unión Europea, al estar reconocido en el art. 8.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DUOE nº 83, 30.03.2010) y en el art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DUOE nº 83, 30.03.2010), y desde el Consejo de Europa, al considerarse incluido en el derecho a la vida priva del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE nº 108, de 06.05.1999) (en adelante CEDH), según tiene reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH)[1].

Dentro de la inmensidad a la que afecta esta materia, un tema que no ha quedado todavía bien resuelto, a mi juicio, a nivel de derecho positivo, es el relativo a la protección de los datos personales en el Registro de la Propiedad. Son pocos, por otra parte, los trabajos que abordan esta cuestión en profundidad a efectos de determinar criterios concretos que deban guiar la actuación de los registradores en relación con la protección de datos personales, y la mayoría de estos trabajos son anteriores a la actual regulación sobre la materia. Se hace preciso, además, a mi juicio, replantear un sistema de publicidad anticuado en su diseño legal, que no responde ni a la realidad tecnológica actual, ni a los riesgos a los que nos exponemos, ni a derechos o intereses protegibles cuya emergencia ha sido posterior a la creación del Registro. Existen normas sobre esta materia en la Ley Hipotecaria (BOE nº 58, de 27.02.1946) (en adelante LH),) y en el Reglamento Hipotecario, (BOE nº 106, de 16.04.1947) (en adelante RH) como iremos viendo a lo largo de este estudio, pero no constituyen un cuerpo normativo que aborde de manera completa esta materia. Al respecto, debe señalarse que conforme al art. 2.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (BOE nº 294, de 06.12.1918) (en adelante LOPD), el tratamiento de datos en el Registro de la Propiedad se regirá por su legislación específica, rigiendo supletoriamente lo previsto en esta ley orgánica y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L-119, de 04.05.2016) (en adelante, Reglamento sobre protección de datos). No obstante, la parca regulación específica en el ámbito registral obliga a tener muy en cuenta esta otra normativa supletoria. En cualquier caso, en mi opinión, aunque rija solo supletoriamente la normativa

---

* Autora de contacto: Celia Martínez Escribano, martinezescribano@yahoo.es.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, con referencia DER 29017-83970-P, "La nueva información registral: requisitos, eficacia y aplicaciones prácticas".

[1] Entre los pronunciamientos más recientes, la sentencia *Breyer contra Alemania*, Sección Quinta, rec. nº 50001/12, de 30 de enero de 2020 y las que allí se citan.

general sobre protección de datos en esta materia, sus principios inspiradores deben regir también en sede registral en aras de una deseable coherencia jurídica.

En esta realidad ante la que nos encontramos, el presente trabajo pretende ofrecer una visión a través de la cual se pueda adaptar el sistema de publicidad registral, básico para la seguridad jurídica inmobiliaria, a los estándares de protección en materia de datos personales que se vienen imponiendo no sólo en el contexto nacional español, sino europeo, que también nos vincula, y de una manera especial en este ámbito.

2. Los Datos Personales en el Registro de la Propiedad

El Registro de la Propiedad tiene por objeto primordial la publicidad de la situación jurídica de las fincas, fundamentalmente el derecho de propiedad y las cargas y gravámenes sobre los inmuebles, aunque también publica otras informaciones de trascendencia jurídica inmobiliaria. Tal publicidad de datos jurídicos reales comporta o puede comportar inexorablemente la publicidad de datos de carácter personal de los titulares de las fincas. En el Registro de la Propiedad existen, en efecto, datos personales que, además en ocasiones, pueden ser especialmente sensibles. Antes de abordar la protección de los datos personales en el Registro de la Propiedad, es necesario precisar cuáles son esos datos.

2.1. Datos personales en sentido estricto

Conforme al art. 51 regla novena letra a) RH, en las inscripciones del Registro de la Propiedad se indicará, cuando se trate de una persona física:

«el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.»
Y en la letra c) de la misma norma se alude, como contenido también de la inscripción, «en su caso, las circunstancias de la representación legal o voluntaria, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación y, cuando proceda, su inscripción en el Registro correspondiente.»

A la vista de la gran cantidad de información que se contiene en el Registro de la Propiedad y que afecta a las personas físicas, la primera pregunta que puede asaltarnos es si todos estos datos personales son necesarios, y así, en opinión de algunos autores son demasiados (VIVAS TESÓN, 2018, p. 152; GUICHOT REINA, 2006, p. 1876). Esta cuestión es importante porque conforme al art. 5.1.c del Reglamento sobre protección de datos, los datos personales han de ser «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)». No deben recabarse, por tanto, más datos personales de los necesarios para los fines del Registro de la Propiedad.

A la luz de esta idea, y aunque la redacción del art. 51 regla novena letra a) RH puede resultar abrumadora, hemos de tener en cuenta la finalidad perseguida. Por ejemplo, el nombre,

apellidos y documento nacional de identidad permiten la correcta identificación de la persona; la edad y la emancipación son reveladoras de la capacidad de obrar; la condición de casado no separado y la identidad del otro cónyuge permite dar cumplimiento a lo establecido en el art. 1320 CC con relación a la vivienda habitual; el régimen económico matrimonial es necesario para determinar, en caso de sociedad de gananciales, el carácter privativo o ganancial del bien; por defecto a todo lo anterior, habrá que precisar en su caso si la persona está soltera o separada. La nacionalidad y la vecindad civil pueden tener su incidencia en cuanto al derecho aplicable, y el domicilio es necesario a efectos de comunicaciones. Las circunstancias de divorciado y viudo creo que no serían necesarias en el sentido de que tales casos se asimilan a una persona soltera, pero añaden el dato personal de la causa de su soltería, que no parece relevante a efectos de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, con lo que quizá debería revisarse la necesidad de indicar estos datos en la inscripción[2]. Es decir, si la persona anteriormente casada queda viuda o se divorcia, a mi juicio sería preferible que en el Registro de la Propiedad volviera a figurar como soltera, sin precisar la causa que afecta a su vida privada y que ha dado lugar a la nueva soltería. Se suele entender que la utilidad de la referencia a la condición de divorciado permite tener conocimiento de la revocación de poderes entre cónyuges en los términos del art. 102 CC. En realidad, es la demanda de nulidad, separación o divorcio la que produce el efecto del art. 102 CC y no la sentencia con la que se adquiere la condición de divorciado, que posteriormente accede al Registro. Personalmente considero que tendría utilidad anotar la demanda a los efectos indicados, pero, dictada la sentencia, desde mi punto de vista la ponderación entre la privacidad del titular registral y la seguridad jurídica justificaría una mera referencia a la condición de soltero. Es evidente que si no está casado ya, sea por divorcio o fallecimiento del cónyuge, no cabría pensar en la existencia de poderes entre cónyuges, precisamente porque la persona ya no tiene cónyuge. A salvo de estos concretos extremos, los datos personales que figuran en la inscripción permitirán al registrador llevar a cabo la calificación de los actos de disposición cuya inscripción se solicite, pues, conforme al art. 18 LH, la actividad calificadora del registrador alcanza a la capacidad y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras y se lleva a cabo a partir de lo que resulte de estas y de los asientos del Registro.

Por su parte, las previsiones del art. 51 regla novena letra c) RH son necesarias para poder determinar la validez de los actos o negocios jurídicos que pretendan acceder al Registro, y por tanto, imprescindibles en la actividad calificadora del registrador.

2.2. Categorías especiales de datos personales

En otro orden de cosas, debe indicarse que, dentro de todos estos datos de indudable carácter personal, se distinguen al menos dos que son especialmente sensibles: 1) los relativos al cónyuge de la persona inscrita, porque pueden permitir conocer su orientación sexual, y 2) la eventual modificación de la capacidad de obrar que dará lugar a la constancia de la forma de representación o asistencia establecida en sede judicial, lo que constituye un dato relativo a la salud mental de la persona cuando se trate de un mayor de edad. Considero que estos datos podrían quedar englobados en lo que el art. 9 del Reglamento sobre protección de datos considera «categorías especiales de datos personales» (en contra, VIVAS TESÓN, 2018, p. 152)

[2] La circunstancia de viudo solo guarda una relación directa con el usufructo legal del derecho sucesorio, pero aun teniendo en cuenta este caso concreto, considero que la mención en cualquier inscripción es superflua, y para este caso se deduce del propio derecho, lo que hace que también sea innecesaria.

porque entre ellas se incluyen los datos relativos a la orientación sexual y los datos relativos a la salud (téngase en cuenta que conforme al art. 4.15 del Reglamento sobre protección de datos, los datos relativos a la salud incluyen tanto datos relativos a la salud física como mental). El tratamiento de estos datos queda prohibido, según el apartado 1 del art. 9, salvo que concurra alguna de las circunstancias excepcionales que se enumeran en el apartado 2. En el caso que nos ocupa, creo que el tratamiento de los datos estaría incluido en la excepción prevista en la letra g): «el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado». El interés público esencial en este caso se concretaría en la seguridad jurídica, objetivo perseguido por el Registro y consagrado como principio constitucional en el art. 9.3 CE. Volveremos después sobre esta cuestión.

En nuestro derecho nacional, el art. 9.1 LOPD establece que para las categorías especiales de datos personales no basta el consentimiento del afectado, es decir, no cabe en principio su tratamiento ni mediando el consentimiento del afectado, salvo que concurra alguna de las excepciones del art. 9.2 del Reglamento. Como acabamos de decir, los supuestos encajarían en el art. 9.2.g) del Reglamento sobre protección de datos. Por su parte, el art. 9.2 LODP precisa que la excepción del art. 9.2.g) del Reglamento debe estar amparada en una norma con rango legal que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad. El problema con el que aquí nos encontramos es que la norma que indica la necesidad de incluir tales datos en la inscripción no es la Ley Hipotecaria, sino su reglamento, que no vincula la necesidad del tratamiento de estos datos con el interés público esencial de seguridad jurídica inmobiliaria, ni tampoco establece requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad, que serían convenientes. Por tanto, no se cumple el requisito del art. 9.2 LOPD. Hay que tener en cuenta que tanto la Ley Hipotecaria como el Reglamento Hipotecario son muy anteriores a la normativa sobre protección de datos. A mi juicio, es necesario realizar en este punto una adaptación a la exigencia de norma con rango legal y es conveniente además establecer, como indica el art. 9.2 LOPD, requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

2.3. Datos personales en sentido amplio

Más allá de lo indicado anteriormente, existe otro tipo de información en el Registro de la Propiedad que puede ser considerada también como datos personales, en función de las circunstancias. Así, hemos de tener en cuenta que es posible conocer a través del Registro de la Propiedad el patrimonio inmobiliario de una persona, su capacidad económica, su nivel de endeudamiento, en concreto, si tiene deudas garantizadas con hipoteca. También consta en el Registro de la Propiedad el título por el que se ha adquirido un bien (art. 51 regla novena RH), y ello revela, por ejemplo, si ha habido una donación, o si alguien ha instituido heredero a otra persona. En el ámbito de la sucesión *mortis causa*, además, son otros muchos los datos que pueden figurar en el Registro, y en este sentido, sería suficiente con tener en cuenta lo dispuesto en el art. 15 LH.

Las anotaciones preventivas son también una fuente importante de información en relación con los datos personales. Basta con echar una ojeada a las circunstancias que conforme al art. 42 LH son objeto de anotación preventiva y que se desarrollan en los arts. 139 y ss. RH, a lo que

hay que añadir la anotación preventiva de concurso específicamente contemplada en el art. 142 RH. Las notas marginales, por último, pueden hacer referencia también a informaciones que podrían catalogarse como datos personales.

En definitiva, hay que pensar que toda la información jurídica inmobiliaria que se contiene en el Registro de la Propiedad incluye datos que van asociados a una persona (el titular del derecho o del gravamen) y en esta medida, se convierten en datos personales (GUICHOT REINA, 2006, p. 1869). Desde el momento en que cualquiera de los datos jurídicos reales del Registro se encuentra asociado a una persona, se convierte en un dato personal. Creo que así puede afirmarse a partir de la definición de datos personales establecida en el Reglamento sobre protección de datos. En el art. 4.1 de este reglamento se definen los datos personales como «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»)». Solo si los datos jurídicos reales se desvinculan de la persona (por ejemplo, a efectos estadísticos) dejan de tener el carácter de datos de naturaleza personal y dejan de estar sometidos a las restricciones de su legislación específica. En consecuencia, considero que datos como que una persona física haya comprado un determinado inmueble, que sea su propietario, que haya constituido una hipoteca sobre el mismo, que sea titular de una finca gravada con una servidumbre, o que tenga una servidumbre a su favor, etc., desde el momento en que son datos vinculados a una persona física, son información sobre ella, o sobre su patrimonio y merecen la protección que corresponde a los datos personales. Esto significa que toda la información que suministre el registrador, desde el momento en que esté vinculada a una persona, debe someterse al régimen de la protección de datos.

Esta concepción de los datos personales entendidos como cualquier información relativa a una persona encaja, por otra parte, con la idea de que tales datos entran dentro de la noción de privacidad y no de la intimidad (ROCA TRÍAS, 2016, p. 307). La privacidad es más amplia que la intimidad, aquella incluye todas las facetas de una persona, mientras que la intimidad se refiere al núcleo más privado de la persona. Hay datos personales que son datos íntimos y que básicamente serían los que hemos calificado como datos personales en sentido estricto y categorías especiales de datos, y otros que no forman parte de la intimidad, pero sí de la privacidad, como es cualquier otra información que pueda obtenerse de una persona a partir de los datos jurídicos del Registro de la Propiedad, tal y como se acaba de apuntar. Todo esto, que no es intimidad pero sí privacidad, debe quedar amparado por la normativa sobre protección de datos personales. Este entendimiento de los datos personales referido a cualquier información sobre una persona concilia, por otra parte, con la visión ofrecida por la jurisprudencia del TEDH, que rechaza una interpretación restrictiva del término "vida privada" del art. 8 CEDH a efectos de la protección de datos[3].

Al mismo tiempo, tal entendimiento justifica, por ejemplo, que la resolución de la DGRN (actual DGSJFP) de 6 de noviembre de 2017 afirme que el registrador debe decidir caso por caso si procede incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral, teniendo en cuenta la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, y añade una serie de pautas al respecto. Pero, en realidad, desde mi punto de vista, no solo el precio, sino cualquier información que pueda obtenerse a través del Registro de la Propiedad

[3] Así, la sentencia *Breyer*, ya citada, § 74, y también la sentencia *Amann contra Suiza*, Gran Sala, rec. Nº 27798/95, de 16 de Febrero de 2000, § 65.

está o debe estar condicionada por la protección de datos personales desde el momento en que tal información esté asociada a una persona física.

3. El Tratamiento de los Datos Personales en el Registro de la Propiedad

Hay cierto consenso en la doctrina para entender que el Registro de la Propiedad, a efectos de la normativa sobre protección de datos personales, es un archivo o fichero (ROCA TRÍAS, 2016, p. 304-305; VIVAS TESÓN, 2018, p. 130; MORAL MORO, 2010, p. 201 y ss.). Según establece el art. 4 del Reglamento sobre protección de datos, se entiende por fichero «todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica». El Registro de la Propiedad no se basa en el sistema de folio personal, sino el folio real, pero ello no puede llevarnos a considerar que por esta circunstancia cae fuera del ámbito de la protección de datos personales (ROCA TRÍAS, 2010, p. 305). Como hemos visto, en él se contiene una multiplicidad de datos personales, a los que se puede acceder cuando se solicita información sobre la situación jurídica de las fincas. En palabras de ROCA TRÍAS (2016, P. 312), los datos personales aparecen en el Registro de la Propiedad «*per relationem* o de forma indirecta en la inscripción de la propia finca».

De acuerdo con lo anterior, hay que entender que la actividad que se lleva a cabo en el Registro de la Propiedad tanto en relación con la práctica de asientos registrales como con la publicidad de los mismos ha de incluirse en lo que la normativa de protección de datos personales considera tratamiento. El tratamiento de los datos personales se define en el art. 4 del Reglamento sobre protección de datos como «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción».

El «responsable del tratamiento» es el registrador, mientras que el personal que trabaja en el Registro puede considerarse como «encargado del tratamiento». Como responsable del tratamiento, se impone al registrador en el art. 222.6 LH, al calificar el contenido de los asientos registrales, el deber de informar y velar por el cumplimiento de las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal.

Para que el tratamiento de los datos sea lícito, debe cumplir con alguna de las exigencias que establece el art. 6 del Reglamento sobre protección de datos. La doctrina española que ha abordado esta materia suele entender que la licitud del tratamiento de los datos personales en el Registro de la propiedad se basa en el consentimiento del interesado (MORAL MORO, 2010, p. 211 a 225; aunque discrepa GUICHOT REINA, 2006, p. 1870), supuesto previsto en el art. 6.1.a) del Reglamento. En este sentido, VIVAS TESÓN (2018, p. 133-134) apunta la conveniencia de que el notario, al otorgarse una escritura pública cuyo contenido resulte inscribible, informe de que la mera intervención de la persona en el documento conlleva su consentimiento implícito para que cualquiera de los legitimados solicite su acceso al Registro. Pero la propia autora encuentra algún obstáculo a esta interpretación al faltar el consentimiento del cónyuge, cuyos datos

personales, como hemos visto, también tienen acceso al Registro con ocasión de la práctica del asiento de inscripción.

Es cierto que en algunos supuestos puede encontrarse la base de la licitud del tratamiento en el consentimiento del interesado, concretamente en cuando este solicita la inscripción. Obviamente, quien acude al Registro y solicita que se practique una determinada inscripción está consintiendo no solo para que sus datos personales relativos a la inscripción accedan al Registro, sino también para que sean objeto de publicidad, pues esta última es consustancial al Registro. Pero el consentimiento del interesado no permite cubrir todos los supuestos. Si, por ejemplo, se trata de la inscripción de un derecho real nacido de un contrato, el consentimiento de la parte del contrato que solicita la inscripción no alcanza a la otra parte contratante cuyos datos personales inevitablemente también accederán al Registro. Y, por otro lado, en un sistema como el nuestro, en el que la inscripción solo es constitutiva en el caso de la hipoteca, no creo que haya base suficiente para afirmar, fuera de la garantía hipotecaria, que el otorgamiento de una escritura presupone un consentimiento para la inscripción. Tampoco el consentimiento sirve de base para el tratamiento de los datos personales cuando se trata del cónyuge del titular registral, como ya he mencionado, ni en los casos de anotación preventiva, ni, en general, en ninguno de aquellos supuestos en que los asientos se practican a instancia de un órgano judicial o de la Administración.

Si la base para el tratamiento de los datos personales en el Registro de la Propiedad se encontrara en el consentimiento prestado en el momento inicial en que se solicita la inscripción (bastaría un consentimiento implícito según el art. 6.1 LOPD), el uso posterior de los datos debe ajustarse al fin concreto para el que se haya prestado el consentimiento porque, de lo contrario, habría que recabar un nuevo consentimiento (MORAL MORO, 2010, p. 217-218). En este sentido, hay que tener en cuenta que entre los principios que informan el tratamiento de los datos personales según el art. 5 del Reglamento sobre protección de datos se encuentra la necesidad de que los datos sean «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines» (art. 5.1.b). Si fueran varios los fines, debería constar de manera específica e inequívoca que el consentimiento se otorga para todos ellos. Así se desprende de los apartados 2 y 3 del art. 6 LOPD. Esto puede suponer un problema porque si, por ejemplo, se solicita la inscripción del derecho de propiedad sobre la finca adquirida, cuando se solicite información registral debería tener el registrador la seguridad, bajo su responsabilidad, de que la información solicitada, y para los fines solicitados ha sido consentida por el titular de los datos personales, y en otro caso, recabar un nuevo consentimiento que, a efectos del funcionamiento del Registro de la Propiedad no cabe duda de que no es operativo. Teniendo en cuenta por otra parte que el consentimiento para el tratamiento de los datos se considera implícito con la solicitud de inscripción, las dificultades interpretativas de la finalidad con que se ha otorgado el consentimiento se acentúan para el registrador.

Realizadas estas consideraciones, y atendida la finalidad de la institución registral, no me parece, en contra del sentir mayoritario, que la base de la licitud del tratamiento sea el consentimiento del afectado, porque este principio quiebra en multitud de supuestos. Ni siquiera puede entenderse así por el hecho de que la inscripción sea voluntaria en la mayoría de los casos. Cuando alguien solicita la inscripción de su derecho de forma voluntaria en el Registro, consiente en ceder sus datos, pero la finalidad por la que inscribe generalmente es la protección de su derecho, especialmente si cumple los requisitos del art. 34 LH, que convierte

su adquisición en inatacable, y la facilidad probatoria que le proporciona el principio de legitimación registral. Es por esta protección por lo que accede a pagar el arancel registral cuando la inscripción es voluntaria. Cualquier solicitud de información de un tercero que no tenga por objeto la protección del derecho del titular inscrito caería fuera del consentimiento prestado y sería necesario recabar uno nuevo. No creo que el acreedor que busca información registral sobre inmuebles que pueda embargar, o quien solicita información registral para impugnar en sede judicial la existencia de un derecho real inscrito puedan entenderse amparados por este consentimiento del titular. Y es absurdo pensar en la alternativa de recabar su consentimiento *a posteriori* para este fin, por razones obvias. Por tanto, creo que el planteamiento que basa la licitud del tratamiento en el consentimiento quiebra en el ámbito registral.

Tampoco parece, a mi juicio, que la legalidad del tratamiento de los datos personales encuentre su base en el hecho de asimilar el Registro de la Propiedad a una Administración pública y, por tanto, aplicar aquí el art. 26 LOPD. El Registro de la Propiedad no es una Administración pública, sin perjuicio de que, conforme al art. 607 CC, sea público para quien tenga interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos. De la misma opinión es MORAL MORO (2010, p. 223), mientras que VIVAS TESÓN (2018, p. 134 y 145), aunque reconoce que no se trata de una Administración pública, entiende que se puede extender este régimen al caso del Registro de la Propiedad.

Más bien, creo que la licitud del tratamiento de los datos personales en el Registro de la Propiedad en términos generales puede encontrar su base en otro de los supuestos contenidos en el art. 6.1 del Reglamento sobre protección de datos, concretamente, en la letra e): «el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento». Esa misión en interés público que tiene encomendada el responsable del tratamiento, es decir, el registrador, es la seguridad jurídica inmobiliaria. Recordemos que la seguridad jurídica viene consagrada en la Constitución Española como uno de los principios básicos del art. 9.3. Conforme al art. 8.2 LOPD, en los casos de tratamiento de los datos por interés público es necesario que la competencia venga atribuida por una norma legal. Aunque de una interpretación conjunta de varios preceptos legales podría deducirse esta atribución a los registradores (arts. 605 y 607 CC junto con las normas de la LH que establecen los principios registrales y el art. 222.6 LH por su expresa referencia a la protección de datos personales), lo cierto es que no existe un precepto legal que de manera clara dé cumplimiento a esta exigencia, lo que hace conveniente una adaptación de la normativa registral en este punto. Téngase en cuenta que la legislación registral es muy anterior a la relativa a la protección de datos personales y que la adaptación de la primera a las exigencias de la segunda ha sido mínima y quizá sin un suficiente estudio en profundidad, sin perjuicio de la preocupación que siempre se ha mostrado en sede registral en relación con esta materia. Pero tal preocupación ha ido orientada sobre todo a la práctica registral, sin que se haya conseguido trasladar al plano legislativo más allá de referencias puntuales (VIVAS TESÓN, 2018, p. 126-129).

A este fundamento último de la licitud del tratamiento basada en el interés público en la seguridad jurídica inmobiliaria se sumará el consentimiento del interesado cuando este solicite la inscripción. Otras veces, se sumará otra de las circunstancias previstas en el art. 6.1. Por ejemplo, la letra b): «el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales» puede

entenderse que concurre respecto del propietario cuando se inscribe el derecho real de hipoteca, porque en este caso la inscripción es constitutiva. El supuesto de la letra c): «el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento» podría ser predicable de los casos en que el asiento se practica en virtud de un mandamiento judicial. Y la letra f: «el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño» puede entenderse que concurre, por ejemplo, respecto de la solicitud de información por parte de un tercero en el Registro de la Propiedad. Pero en cualquier caso, el denominador común entiendo que es el cumplimiento de la misión encomendada a los registradores para velar por la seguridad jurídica inmobiliaria, que constituye un claro interés público.

4. La Publicidad en el Registro de la Propiedad y la Protección de los Datos Personales

Los datos personales que acceden al Registro de la Propiedad son objeto de publicidad. La publicidad es consustancial al Registro, porque la finalidad de este es la seguridad jurídica inmobiliaria, que se consigue dando a conocer de manera fiable (presunción de exactitud registral) la titularidad de las fincas, sus cargas y gravámenes, para evitar que quien no es propietario transmita como si lo fuera, o que se adquiera una finca sobre la que existen cargas ocultas. Se protege al titular inscrito y también a los terceros que confían en lo que el Registro publica. En este sentido, basta con recordar la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que detalladamente explica los riesgos de un sistema inmobiliario sin el Registro de la Propiedad tal y como actualmente lo conocemos. Inevitablemente, esta publicidad en aras de la seguridad jurídica inmobiliaria comporta necesariamente dar a conocer datos relativos a las personas a las que se refieren los asientos registrales, datos que por su carácter personal están protegidos de manera especial. La contraposición entre la publicidad inherente al Registro de la Propiedad y la necesidad de preservar la comunicación de datos personales se destaca de manera recurrente entre la doctrina que estudia esta materia (BASTIDA FEIJEDO Y VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2005, p. 3; ROCA TRÍAS, 2016, pp. 303 y 311; VIVAS TESÓN, I., pp. 129-130, con cita expresa además de varios preceptos que reflejan esta finalidad de dar publicidad a los derechos inscritos y anotados y proteger a terceros: arts. 605 y 607 CC, arts. 1.1, 32, 34 y 221 LH). En consecuencia, la forma y el alcance con que se suministra esta información es una cuestión que, sin duda, incide directamente sobre la protección de datos. Para abordar adecuadamente esta problemática es necesario analizar en primer lugar cuáles son las formas a través de las cuales se suministra la publicidad en el Registro de la Propiedad, abordando seguidamente los requisitos a que queda supeditada la entrega de información a los terceros que acudan al Registro.

4.1. Formas de publicidad en el Registro de la Propiedad

Se contemplan dos formas de publicidad en la Ley Hipotecaria: la exhibición de los libros del Registro (art. 222.1 LH) y la manifestación del contenido de los asientos mediante nota simple informativa o certificación registral (art. 222.2 LH)[4].

La exhibición de los libros queda limitada a "la parte necesaria", es decir, no es una exhibición indiscriminada del contenido de los libros, y el registrador puede permitir que accedan a ella "las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos" (art. 332.1 RH). La forma en que a nivel normativo se configura la exhibición de los libros es, a mi juicio, de difícil conciliación con la protección de datos personales, porque no permite filtro alguno al respecto. En este sentido, indica GUICHOT REINA (2006, p. 1877) que en la exhibición de libros es donde concurre una mayor potencialidad lesiva al derecho a la privacidad. Así sucede porque la exhibición de libros impide que el registrador pueda ocultar aquellos datos personales que no son relevantes para la información requerida y a cuyo acceso no está legitimado el solicitante. En realidad, la exhibición de los libros, según establece la Instrucción de 17 de febrero de 1998, no se lleva a cabo directamente, sino por medio de fotocopia de los asientos, y esta fotocopia no puede retirarse por el interesado, sin que le sea permitido al particular copiar los asientos. Lo cierto es que, además, en la práctica esta forma de publicidad solo se lleva a cabo de manera excepcional, cuando concurran razones especiales que lo justifiquen (MORAL MORO, 2010, p. 257).

Mucho más habitual es que los datos del registro se den a conocer mediante nota simple o certificación registral. En este caso no se permite al interesado acceder directamente a los libros del Registro, sino que el registrador manifiesta a este el contenido de los asientos mediante un "tratamiento profesional" (art. 222.2 LH). Este tratamiento profesional consiste en transmitir la información de forma clara y sencilla (art. 222.4 LH), y es también obligación del registrador tener en cuenta el cumplimiento de las normas sobre protección de datos (art. 222.6 LH). Esta es la forma habitual de suministrar la información a los interesados y favorece una mejor protección de los datos personales, al comunicarse únicamente aquellos cuyo conocimiento sea necesario para la adecuada y suficiente publicidad registral.

El acceso al registro se puede llevar a cabo, por otra parte, de forma telemática cuando así se solicite (art. 222.10 LH). A efectos de protección de datos, no parece que existan diferencias reseñables entre esta forma de publicidad telemática y la tradicional. (CANALS BRAGE, 2008; GUICHOT REINA, 2006, pp. 1885-1907). La principal particularidad que presenta la manifestación por medios telemáticos se concreta en los casos en que el tercero que solicita la información sea una autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio y cargo, porque entonces su interés se presume y puede acceder a la información sin necesidad de la intermediación del registrador. Se ha cuestionado en la doctrina la posible inconstitucionalidad de esta norma, que podría ser incompatible con la protección de datos (MORAL MORO, 2010, p. 271-272) desde el momento en que desaparece la intermediación del registrador y ello pone en

[4] Existen varias sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya algo antiguas, que se pronuncian sobre el desarrollo reglamentario de estas normas, la más reciente de 7.6.2001 (MP: José Manuel Sieira Míguez) (que hace referencia expresa a las sentencias anteriores sobre la materia) pero creo que sus pronunciamientos, al menos en parte, no se acomodan al modo en que se ha venido desarrollando la protección de datos personales por lo que quizá sus manifestaciones podrían entenderse superadas hoy en día.

riesgo el respeto al principio de proporcionalidad, porque podría accederse a más datos personales de los necesarios, y al principio de finalidad, al desaparecer el control sobre el interés legítimo, porque este se presume al actuar una autoridad, empleado o funcionario público por razón de su cargo. En cierto modo, parece que este acceso telemático de las autoridades, empleados y funcionarios públicos equivale a la exhibición de los libros en cuanto a la falta de filtros sobre la información suministrada desde el Registro, con la diferencia de que en la exhibición de libros existe la posibilidad de que el registrador no acceda a la petición solicitada, mientras que en el acceso telemático de autoridades, empleados y funcionarios públicos no parece que pueda tener cabida una negativa del registrador. Habría que ver si la ponderación de intereses en juego justifica el alcance de lo establecido en el art. 222.10 LH. Hay que tener en cuenta que el art. 221 LH en su segundo párrafo presume que toda autoridad, empleado o funcionario que actúe por razón de su cargo tiene interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. Sin embargo, creo que no hay que confundir que el interés conocido se presuma, y por tanto, no pueda tener cabida en principio la negativa del registrador para suministrar información, con la posibilidad de acceder directamente a la misma. El registrador es el responsable del tratamiento de los datos personales, está legitimado para su almacenamiento por la propia función del registro de la propiedad al servicio de la seguridad jurídica inmobiliaria y, a mi juicio, debería ser él quien filtre o depure qué datos personales deben suministrarse, incluso cuando se trate de una autoridad, empleado o funcionario que actúe por razón de su cargo o, si no, que la ley sea más detallada en cuanto a los fines concretos que legitiman a una autoridad, empleado o funcionario para acceder a los datos. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de datos viene permitiendo injerencias por parte de autoridades y funcionarios públicos con fines muy concretos como la seguridad pública, la prevención de delitos y la protección de derechos y libertades de otras personas[5]. La protección de datos personales solo cede en los términos del art. 23.1 del Reglamento sobre protección de datos para salvaguardar fines concretos que la propia norma enumera. Creo, por tanto, que esta misma limitación es la que debería operar para el acceso a la información por parte de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su cargo.

En términos generales, esta normativa presenta algunas carencias desde el punto de vista de la protección de datos. El legislador parece haber querido solventar la cuestión con una mínima referencia en el art. 222.6 LH que recuerda que el registrador debe informar y velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos, pero a mi juicio esta genérica previsión es a todas luces insuficiente porque deja en manos del registrador no solo la decisión sobre el acceso a los datos personales sino también la responsabilidad que ello conlleva. Tanto una información excesiva en relación con la protección de datos como una negativa injustificada a proporcionar la información son escenarios no deseables, el primero por la vulneración de un derecho fundamental y el segundo porque trunca la función de la institución registral. En relación con lo primero, el TEDH tiene declarado que cualquier interferencia sobre los datos personales no solo debe encontrar su base en la ley, sino que esta ley debe ser accesible para la persona afectada y previsible en cuanto a sus efectos, siendo fundamental que el tratamiento de los datos personales esté sujeto a reglas detalladas que establezcan unas garantías mínimas en relación con el tratamiento y la confidencialidad de los datos personales[6].

---

[5] Véase la sentencia *Breyer contra Alemania*, § 86.

[6] *S. y Marper contra Reino Unido*, Gran Sala, recs. nº 30562/04 y 30566/04, 4 de diciembre de 2008, §99.

Desde una perspectiva más concreta, sería deseable una adaptación del art. 222 LH y del art. 332 RH, particularmente en relación con la exhibición de los libros, donde los datos personales se vuelven más vulnerables. Por una parte, y desde un punto de vista sistemático, el hecho de que la exhibición de los libros se mencione en primer lugar cuando es un supuesto excepcional y que además no concilia bien con la protección de datos debería revisarse. Y además, no debería quedar al criterio del registrador la posibilidad de acceder o no a este tipo de información, por la responsabilidad que se descarga sobre él y que podría llevar a una negativa sistemática que a veces puede no estar debidamente justificada. Tampoco creo que deba suprimirse esta forma de publicidad, pues en cierto modo es una garantía para las personas que tienen inscrito o anotado un derecho, y especialmente para el propietario de la finca, que debe poder acceder al folio registral en el que su derecho aparezca inscrito o anotado. También las autoridades judiciales o administrativas en ejercicio de sus funciones y cuando esté debidamente justificado, deberían tener acceso a esta forma de publicidad. La exhibición de los libros debería presentarse en la ley como una forma excepcional y debería quedar limitada a personas concretas: a mi juicio, la persona que tenga inscrito o anotado un derecho en el folio cuya exhibición se pretenda y las autoridades, empleados y funcionarios públicos cuando actúen en ejercicio de su cargo. El registrador, no obstante, debe tener poder de decisión incluso en este caso para denegar la exhibición si no concurre el interés legítimo, al que posteriormente me referiré. En relación con esta forma de acceso a la información registral, creo importante señalar que la necesidad de que solo consten en el Registro de la Propiedad aquellos datos personales que sean estrictamente necesarios no solo es una exigencia de la minimización de datos (vid. supra), sino que además asegura que en los casos de exhibición de libros no se den a conocer más datos personales de los estrictamente necesarios, porque son solo estos los que figuran en el Registro. Por otra parte, y en la medida en que la exhibición de libros se lleva a cabo en la práctica por fotocopia, habría que precisarlo así a nivel normativo contemplando expresamente la posibilidad –que ya se realiza en la práctica- de tachado de ciertos datos personales en la fotocopia antes de realizar la exhibición, aunque esto puede distorsionar tal vez el sentido de esta forma de publicidad.

Desde mi punto de vista, la nota simple informativa y la certificación registral deberían configurarse legalmente como la forma prioritaria de suministrar información desde el Registro de la Propiedad, por ser no solo las más habituales en la práctica, sino las que favorecen una mejor protección de los datos personales a través de la actuación del registrador cuando manifiesta la información solicitada. En esta actuación, debe omitir aquellos datos personales que obren en el Registro y cuyo conocimiento por el tercero no esté justificado. Y recordemos en este sentido que toda la información que vaya asociada a una persona son datos personales.

4.2. El requisito para solicitar información registral: el interés conocido

Aunque el Registro de la Propiedad es público, ello no significa que sea posible un conocimiento indiscriminado de todo su contenido. O, como indica VIVAS TESÓN (2018, p. 139), la mera curiosidad no es suficiente. Ya antes de que surgiese en nuestro ordenamiento la normativa sobre protección de datos se requería para poder obtener información registral tener un «interés conocido» en averiguar la situación jurídica de una finca o de algún derecho inscrito o anotado. Así lo dispone el art. 607 CC y el art. 221 LH, y se reitera en el art. 227 LH para las certificaciones registrales. El art. 332.3 RH se refiere a la necesidad de acreditar ante el registrador la existencia de «interés legítimo» para obtener información de los asientos registrales.

El art. 222 bis.1 LH establece que en la solicitud de información se indicará el interés, y en el apartado 3 del art. 222 bis LH se detalla que «(e)l interés se expresará de forma sucinta en una casilla que advertirá de las limitaciones impuestas por el ordenamiento en relación al uso que puede darse a dicha información. No obstante, si el registrador entendiera que no ha quedado acreditado de modo suficiente dicho interés legítimo, podrá solicitar que se le complete éste. En todo caso, el registrador deberá notificar al solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas si autoriza o deniega el acceso, en este último caso de forma motivada.»

El interés que se alega para obtener la información registral es una cuestión clave en relación con la protección de datos. Tal interés no necesita alegarse ni acreditarse por parte de las autoridades, funcionarios y empleados públicos que actúan por razón de su cargo porque se presume (art. 221, segundo párrafo LH). Por su parte, el art. 332.3 RH establece en su segundo párrafo:

«Se presumen acreditadas las personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial relacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles tales como entidades financieras, abogados, procuradores, graduados sociales, auditores de cuentas, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria y demás profesionales que desempeñen actividades similares, así como las Entidades y Organismos públicos y los detectives, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro.»

Este privilegio legal conferido a determinados sujetos para acceder a la información registral creo que debería revisarse. Especialmente en el caso de los sujetos privados mencionados en el art. 332.3 RH, pero también cuando se trate de una autoridad, funcionario o empleado público, debería asegurarse que el interés perseguido es legítimo, es decir, coincide con los fines del Registro de la Propiedad o, en el caso de las autoridades, funcionarios o empleados públicos, hay una razón superior de orden público que justifica el acceso a los datos personales. El hecho de presumir de manera indiscutida el acceso al Registro por parte de estos últimos responde a planteamientos decimonónicos que podrían chocar con un modelo más garantista como el que se viene imponiendo desde niveles superiores. En este sentido, en la jurisprudencia del TEDH sobre protección de datos se advierten supuestos, aunque fuera del ámbito registral, en que se ha apreciado vulneración del art. 8 CEDH con relación a datos personales en poder de autoridades o funcionarios públicos[7]. La normativa, en este punto, es quizá demasiado laxa, especialmente respecto de los sujetos jurídicos privados (BASTIDA FREIJEDO y VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2005, p. 5).

Fuera de los supuestos especiales que acabo de mencionar, es necesario precisar cuál es el interés conocido, expresión un tanto genérica que la ley no concreta. Cuando un tercero solicita información registral, en su solicitud debe especificar ese interés, es decir, el motivo por el que quiere obtener tal información. El registrador calificará el interés, en el sentido de que debe considerar si está justificado proporcionar la información solicitada o si debe denegar lo solicitado. Y lo que no se precisa, y queda bajo la responsabilidad del registrador, son los concretos parámetros para decidir si puede suministrarse la información requerida, a la vista de ese interés conocido, o si el interés del tercero no puede quedar amparado (ROCA TRÍAS, 2016, p. 316).

[7] Por ejemplo, en la sentencia *Dragan Petrovič contra Serbia*, Sección Cuarta, (rec. Nº 75229/2010), 14 de abril de 2010.

Considero que debe realizarse una matización en relación con los conceptos de interés conocido e interés legítimo. El interés conocido es el interés que manifiesta el tercero que quiere obtener información del registro. El registrador calificará ese interés, y si considera que procede suministrar la información, entonces podemos entender que ese interés es legítimo. Porque el interés conocido es además un interés legítimo es por lo que el tercero puede obtener la información solicitada. Creo que, además, así puede desprenderse de lo que viene afirmando la DGRN en doctrina reiterada[8]:

«ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.»

En consecuencia, el tercero debe indicar cuál es el interés por el que solicita la información para que el registrador pueda identificar si ese interés se anuda a la finalidad que cumple la institución registral. Como también viene indicando la doctrina, es necesario que el interés conocido vaya anudado a la finalidad del Registro de la Propiedad (ROCA TRÍAS, 2016, p. 315; MORAL MORO, 2010, p. 230. Entiende esta última autora que una cesión de datos personales que no fuera acorde con la finalidad del Registro de la Propiedad requeriría el consentimiento del interesado, p. 241). A continuación, debe valorarse si ese interés conocido es un interés legítimo. Este segundo paso implica la realización de un juicio de ponderación. Finalmente, y a la luz de lo anterior, el registrador seleccionará aquellos datos personales y jurídicos estrictamente necesarios para satisfacer el interés del tercero respetando las exigencias derivadas de la protección de datos. Este modo de proceder, que se realiza en la práctica a la luz de los dictados de la DGRN, debería elevarse a mi juicio a rango legal.

Por otra parte, este entendimiento permite sostener que no sea preciso recabar el consentimiento del afectado para suministrar a un tercero información contenida en el Registro de la Propiedad que incluya datos personales[9]. El supuesto, como hemos dicho, puede encontrar su encaje en el art. 6.1.e del Reglamento sobre protección de datos (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público, en este caso la seguridad jurídica inmobiliaria), pero además, cuando se suministra información registral en base a un interés conocido, concurre también la excepción del art. 6.1.f, en cuanto que el tratamiento es necesario para satisfacer intereses legítimos perseguidos por un tercero (en el mismo sentido, ROCA TRÍAS, 2016, p. 316). Para determinar cuándo ese interés es «legítimo» será necesario realizar un juicio de ponderación, al que dedicaremos el último apartado de este estudio.

El interés en acceder a determinada información registral puede ser de muy variada índole, pero, como hemos visto, solo se ampara si está vinculado a la función registral, es decir,

[8] Entre las más recientes, las RRDGRN de 19 de marzo de 2019, (BOE de 9 de abril de 2019), 21 de febrero de 2018 (BOE de 8 de marzo de 2018).

[9] Así lo indica también la RDGRN de 21 de febrero de 2018, «sin perjuicio del derecho de aquél (el titular) a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes (vid. artículo 4 de la Instrucción de 5 de febrero de 1987 y principio tercero de la Instrucción de 17 de febrero de 1998)»

publicar determinadas informaciones sobre inmuebles en aras de la seguridad jurídica, y en particular, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. En este sentido, el ejemplo paradigmático consiste en querer conocer la titularidad y cargas de una finca por parte de un potencial comprador, pero también tiene interés el acreedor que pretenda dirigirse contra el patrimonio de su deudor, o quien quiera ejercitar acciones judiciales, por ejemplo[10]. En la doctrina parece imponerse una interpretación restrictiva del concepto de interés, entendido como interés directo, es decir, del titular registral y de todo tercero que necesite conocer el estado registral de la finca por encontrarse en una situación de expectativa de alcanzar un beneficio o sufrir un perjuicio patrimonial y quien vaya a ejercitar un derecho fundamental (MORAL MORO, 2010, p. 229). La DGRN sistematiza el posible interés del siguiente modo[11], y recogiendo lo previamente establecido en su Instrucción de 17 de febrero de 1998:

«La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos.»

En definitiva, el tercero debe indicar por qué quiere obtener la información, y solo puede accederse a ella si la finalidad está vinculada con la función que cumple el Registro de la Propiedad en los términos que se acaban de enumerar.

El interés conocido, además, se tiene que justificar, tal y como viene afirmando la DGRN. En este sentido, para considerar justificado el interés no basta con alegarlo, sino que el registrador debe apreciar su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, realizando un análisis conjunto de las todas las circunstancias que aparecen en la solicitud[12].

Por otra parte, queda excluida la posibilidad de proporcionar información a partir de una petición masiva de datos (lo analiza con detalle GUICHOT REINA, 2006, pp. 1871-1874). La ingente cantidad de datos que se encuentran en el Registro y las posibilidades que se ofrecen hoy en día en relación con el tratamiento de datos y, en general, el *big data*, llevaron ya hace tiempo a plantear si estas peticiones masivas de datos pueden tener cabida, entendiendo desde un primer momento que no. Está claro que este supuesto escapa de la finalidad del Registro de la Propiedad en los términos referidos en este trabajo. En este sentido la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN[13] niega que la publicidad formal de los asientos registrales pueda consistir en dar a conocer de forma indiscriminada el patrimonio de las personas, siendo preciso acreditar un interés legítimo de acuerdo con la función de la institución registral. Así,

---

[10] Así, en la RDGRN de 27 de febrero de 2018 se resuelve sobre la petición de información del precio de venta por parte de quien quería ejercitar una acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte y acción de complemento de herencia.

[11] RRDGRN de 19 de marzo de 2019, 21 de febrero de 2018, 27 de junio de 2017 (BOE de 21 de julio de 2017)

[12] En este sentido, RDGRN de 30 de mayo de 2014.

[13] Instrucción sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa, publicada en el BOE de 27 de febrero de 1998.

en el punto quinto de esta instrucción determina que los registradores no expedirán publicidad formal cuando el objeto de la solicitud sea su incorporación masiva a bases de datos, registros paralelos con fines excluidos de comercialización o reventa, sin responder a mandato alguno del interesado. No obstante, las solicitudes de publicidad formal en masa sí son atendidas en supuestos concretos, conforme a la instrucción: a) cuando se base en una disposición legal que faculte para realizar estudios estadísticos; b) si su objetivo satisface un interés público, y c) si deriva de un convenio de colaboración suscrito con el Colegio de Registradores, que es a quien por vía normativa corresponde publicar las estadísticas con referencia a las bases de datos de los registros.

Aunque las dos primeras excepciones parecen atendibles, no deja causar cierto estupor la tercera, porque se faculta al Colegio de Registradores, que ni siquiera es una Administración pública, y con total ausencia de respaldo legal que legitime esta actuación, a realizar convenios de colaboración que impliquen cesión en masa de datos. El Colegio de Registradores acumula una ingente cantidad de datos, y ello se justifica por fines de seguridad jurídica inmobiliaria. Puede, además, realizar estadísticas a partir de estos datos. Pero considero que las cesiones en masa de datos no pueden entenderse suficientemente legitimadas por el hecho de que el Colegio de Registradores suscriba un convenio de colaboración con una entidad. Debería regularse normativamente esta cuestión, de manera que tales convenios de colaboración quedaran limitados por los principios del art. 5.1 del Reglamento sobre protección de datos, y en concreto, que los datos sean tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia») (art. 5.1.a) y recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad») (art. 5.1.b).

En relación con el interés conocido hay que tener en cuenta también que en la información registral hay datos jurídicos reales y datos personales. Y a su vez, como venimos afirmando, cuando los primeros van asociados a una persona se convierten también en datos personales porque suministran cierta información sobre aquella. El registrador, por tanto, al realizar el juicio de ponderación debe valorar no sólo qué datos estrictamente personales debe comunicar, sino también qué datos de otra índole pero asociados a esta persona puede suministrar, en la medida en que estos también adquieren el carácter de datos personales. Uno de los supuestos que ha despertado cierto interés en la práctica es el relativo al precio de venta. En el caso de la RDGRN de 27 de febrero de 2018, ante la negativa de la registradora a comunicar el precio de la compraventa por entender que es un dato personal, ha considerado que en este caso el precio no está protegido porque el solicitante pretendía recabar esta información para interponer una acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte de una herencia y una acción de complemento. Por su parte, la RDGRN de 7 de noviembre de 2017 se pronuncia sobre un supuesto en que se solicita información al Registro de la Propiedad para preparar e interponer una demanda de nulidad relativa a la trasmisión de determinadas fincas, a fin de determinar si deben traerse a colación o inventariarse en la masa hereditaria. El solicitante de la información quería conocer el precio de la transmisión, dato que el registrador se niega a facilitar. Indica la citada resolución:

«Como regla general, el registrador, como responsable del Registro y en el ejercicio de su función pública, controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, debiendo decidir, caso por caso, si procede incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral. Así serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales, pues no se aplicaría el régimen de protección de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador, y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.»

En el caso concreto, la recurrente había acreditado que había sido demandada en un procedimiento de división de herencia y su relación familiar y hereditaria con uno de los socios de la sociedad titular registral, por lo que de acuerdo con el art. 265 LEC, la DGRN consideró razonable la necesidad de aportar al procedimiento la documentación solicitada.

En realidad, no solo con relación al precio, sino con toda la información que suministre el registrador debe valorarse si es necesaria o no para los fines manifestados por el solicitante, debiendo dar a conocer solo aquellos datos estrictamente necesarios como exigencia derivada del régimen de protección de datos (minimización de datos)[14] y esta ponderación del registrador debe realizarse caso por caso (como también lo apunta BENDITO CAÑIZARES, 2018, p. 3148). En este sentido, la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998 determina que la publicidad formal no puede consistir en la mera reproducción xerográfica o literal de los asientos (arts. 233 LH y 334 RH) sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales o de literalidad de determinados extremos en los que esté interesado el solicitante.

5. Criterios para la Protección de Datos en el Registro de la Propiedad: El Juicio de Ponderación

Una vez que el registrador comprueba que nos hallamos en uno de los supuestos en que procede suministrar la información solicitada, debe delimitar qué concretos datos va a suministrar. En relación con esta cuestión, el art. 332.6 RH establece que la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que la publicidad se exprese con claridad y sencillez, y sólo incluirá los datos previstos en el inciso primero del apartado 5, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales de la parte necesaria del contenido del Registro, a instancia de autoridad judicial o administrativa o

[14] Lo reconoce también la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998.

de cualquier personal, que tenga interés legítimo en ello. También podrá solicitarse que la publicidad se extienda a extremos concretos.

Indica VIVAS TESÓN (2018, p. 152) la conveniencia que una norma que establezca explícitamente qué datos contenidos de manera incidental en el Registro no pueden ser cedidos a terceros por no ser estrictamente necesarios a efectos de la publicidad registral y no haber sido consentidos por su titular, de manera que solo puedan comunicarse si media el consentimiento del afectado o autorización judicial. En este planteamiento se advierte la problemática que genera basar la licitud del tratamiento de datos personales en el Registro de la Propiedad en el consentimiento, de la que me he desmarcado en este trabajo. En realidad, creo que la casuística potencial que se puede plantear ante el Registro es tal, que no parece fácil que una norma fije de forma explícita esta cuestión. Pero lo que sí veo factible es una norma que fije los criterios que guíen la actuación del Registrador en este punto, pues actualmente las pautas vienen dadas por la doctrina administrativa de la DGRN, lo cual soluciona el problema a nivel práctico pero creo que técnicamente no es satisfactorio que una cuestión de esta índole no tenga un más sólido fundamento normativo. Tales pautas habrían de ir guiadas por la finalidad de seguridad jurídica que justifica la existencia del Registro de la Propiedad y que se erige como misión realizada en interés público en los términos del art. 6.1.e del Reglamento sobre protección de datos, o también con intereses vinculados al orden público que puedan justificar la cesión de datos particularmente a autoridades públicas.

Por otra parte, y aunque la solución en la práctica venga dada por la DGRN, en sus resoluciones no resuelve de forma clara, a mi juicio, cómo realizar el juicio de ponderación para determinar que el interés conocido es un interés legítimo, en el sentido de que no ofrece unas pautas generales y claras[15], sin perjuicio de que en la casuística que se le va planteando da respuesta satisfactoria a esta problemática.

Cuando quien solicita la información es el titular registral, hay una mayor flexibilidad en cuanto al juicio de ponderación porque parece claro que él pueda estar legitimado a obtener la información registral con relación a aquellas fincas respecto de las que sea propietario. En palabras de la DGRN, en este caso «el interés legítimo debe presumirse sin necesidad de más indagaciones respecto de todos los asientos relativos a su finca»[16]. En la medida en que se trate de sus propios datos personales, parece que no habría óbice para suministrar la información. No obstante, en el folio registral figurarán también, muy probablemente, datos relativos a otras personas. Por ello, incluso en este caso la normativa sobre protección de datos obliga al registrador a adoptar cautelas, dirigidas a proteger los datos de otras personas distintas del

[15] Las RRDGRN de 19 de marzo de 2019, 21 de febrero de 2018, de 27 de junio de 2017, indican: «En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2000, estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a derecho.»

[16] Resolución de 21 de febrero de 2018.

titular de la finca con derechos inscritos o anotados en el mismo folio registral, debiendo realizarse también respecto de este extremo el correspondiente juicio de ponderación para determinar si concurre y hasta dónde un interés legítimo del solicitante para proporcionar la información.

A mi modo de ver, el juicio de ponderación que debe llevar a cabo el registrador ha de poner en la balanza la seguridad jurídica inmobiliaria, que es la finalidad perseguida con la institución registral y la información que se contiene en el Registro, y la privacidad, que es el interés protegido con la normativa sobre protección de datos (GIMENO SENDRA, 1997, p. 9-10; BASTIDA FREIJEDO y VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2005, p. 4). De este modo, en el conflicto de intereses entre seguridad jurídica y privacidad, cuando, atendido el interés conocido alegado por el solicitante, tenga un mayor peso la seguridad jurídica inmobiliaria, y solo respecto de aquellos datos en que así se considere, procederá suministrar la información. En caso contrario, la protección de la privacidad de las personas, y en concreto de sus datos que obran en el Registro, ha de prevalecer, negándose el registrador a comunicarlos al solicitante.

En relación con la concreta información que se debe suministrar, ofrece GIMENO SENDRA (1997, p.10) un ejemplo ilustrativo de cómo proceder: «si un juez de Instrucción ordena al registrador que efectúe una anotación preventiva de embargo dimanante de unas diligencias previas incoadas por la comisión de un delito de violación, debe el registrador ex art. 18 de la Constitución omitir la determinación del delito imputado, y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque, para la seguridad del tráfico jurídico, en nada afecta dicha omisión, por lo que en nada se resiente el principio de «integridad» de la inscripción y, en segundo, porque siempre podrá el titular del derecho a la información, en virtud de lo dispuesto en el art. 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitar del juez el conocimiento de tales diligencias, si acreditara, ante la Autoridad Judicial, la ostentación de un 'interés legítimo'». Aunque el ejemplo es extremo, permite identificar claramente la idea que se quiere transmitir, y que a mi juicio debe tenerse en cuenta respecto de cada uno de los datos que suministre el registrador al atender a las peticiones de información registral y no solo respecto de aquellos que sean especialmente sensibles. No obstante, es cierto que algunos de los datos que obran en el Registro afectan directamente a la intimidad de la persona, y otros a la privacidad, y respecto de los primeros, obviamente, las cautelas han de ser, posiblemente, mayores.

Especialmente cuidadoso debe ser en este punto el registrador respecto de aquellos datos incluidos en las categorías especiales del Reglamento sobre protección de datos, y que revelan la orientación sexual y la salud mental de las personas. A propósito de los datos sensibles, la RDGRN de 27 de junio de 2017 establece que «aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, deberán quedar excluidos de la información suministrada, aquellos datos que tengan la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto.» Lo anteriormente expuesto se refiere a la normativa sobre protección de datos. La Instrucción de 17 de febrero de 1998 establece que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial no pueden ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado para finalidades distintas de las propias de la institución registral. En definitiva, en relación con estos datos deben extremarse las cautelas y el registrador debe asegurarse de que la comunicación de los mismos es imprescindible para la seguridad jurídica inmobiliaria, debiendo reservarse en otro caso la información sobre los mismos. Por ejemplo, las limitaciones a la capacidad de obrar pueden ser imprescindibles para garantizar la seguridad jurídica inmobiliaria, pero en otros casos puede ser una información superflua. Lo mismo

ocurre al revelar la identidad del cónyuge, de lo que se desprende la orientación sexual. A veces, podría bastar con comunicar el hecho de que la persona está casada, sin revelar la identidad. Aunque en el modo de operar en la práctica se preservan los derechos de los afectados, hay que tener en cuenta que el art. 9.2 LOPD establece la necesidad de fijar requisitos adicionales relativos a la seguridad y confidencialidad de estos datos. Habría que regular, por tanto, en qué términos suministrar esta información y delimitar para qué supuestos; podría incluso valorarse la posibilidad de incluir en la información suministrada al tercero la importancia de preservar estos datos por estar especialmente protegidos.

En cualquier caso, sean o no datos incluidos en las categorías especiales, al realizar el juicio de ponderación el registrador no solo debe contraponer seguridad jurídica inmobiliaria y privacidad, sino que debe sopesar, dato por dato, y atendido el interés conocido, si procede o no suministrarlo. Solo debe comunicar la información estrictamente necesaria para el interés conocido, no más, de acuerdo con el principio de minimización de los datos, y ello no solo en relación con los datos personales en sentido estricto, sino toda la información jurídica, que al ir asociada a una persona, se convierte en datos personales. Esta labor de delimitación de la información a suministrar debería aparecer claramente en la regulación de la nota simple y la certificación registral, y también en el caso de exhibición de libros, al objeto de que el registrador procediera al tachado en la fotocopia de aquellos datos que, por exceder de lo necesario para la seguridad jurídica inmobiliaria, no es legítimo comunicar a los terceros.

6. Valoración Final

La protección de datos es una cuestión que impregna toda la información del Registro de la Propiedad, en la medida en que los datos, incluso jurídicos, van asociados a una persona. No existe, sin embargo, una regulación legal a la altura de las exigencias que se derivan de la importancia de esta materia. Sería necesario en este sentido modificar la Ley Hipotecaria en términos que constituyan una base firme que fije las pautas al registrador en relación con las formas a través de las cuales suministrar la información registral, así como el juicio de ponderación que debe realizar cada vez que suministra información del Registro a un tercero. Algunas previsiones legales como la exhibición de libros o las excepciones al interés conocido no casan bien con las exigencias derivadas de la protección de datos, siendo conveniente e incluso necesario realizar una revisión, modificación o quizá supresión de alguna de ellas. Y no existen pautas claras, ni lo suficientemente garantistas, en cuanto a quiénes y bajo qué presupuestos pueden acceder a la información del Registro, ni la concreta información que se les debe suministrar atendidos los intereses en juego. Los problemas, en la práctica, se viene resolviendo a golpe de resolución de la DGRN, con un criterio generalmente acertado a mi juicio, pero que carece del suficiente apoyo normativo, lo que en algunos aspectos llega a constituir un incumplimiento de las exigencias establecidas en el Reglamento sobre protección de datos.

7. Tabla de sentencias

Tribunal, Sala y Fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*	*Partes*
STEDH, Sección Quinta, 30.01.2020	Rec. nº *50001/12*	Sr. Y. Grozev	Breyer contra Alemania

STEDH, Gran Sala, 4.12.2008	*Recs. nº 30562/04 y 30566/04*	Sr. J. P. Costa	S. y Marper contra Reino Unido
STEDH, Sección Cuarta, 14.4.2010	*Rec. Nº 75229/2010*	Sr. M. Safjan	Dragan Petrovič contra Serbia
STS, Sala Tercera, 7.6.2001	Roj 4806/2001	Sr. J.M. Sieira Miguez	Colegio de Registradores de la Propiedad contra la Administración General del Estado
RDGRN 6.11.2017	BOE 29.11.2017		
RDGRN 19.3.2019	BOE 9.4.2019		
RDGRN 21.2.2018	BOE 8.3.2018		
RDGRN 27.2.2018	BOE 15.3.2018		
RDGRN 27.6.2017	BOE 21.7.2017		
RDGRN 30.5.2014	BOE 25.7.2014		
RDGRN 7.11.2017	BOE 2.12.2017		

8. Bibliografía

Francisco J. BASTIDA FREIJEDO e Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ (2005), "Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 20 de junio de 2005, Ref. D-153, págs. 1-8.

Fernando CANALS BRAGE (2008), "El Registro de la Propiedad telemático", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 16, págs. 1-17.

Vicente GIMENO SENDRA (1997) "El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. 158, Tomo 3, Ed. La Ley, págs. 1-17.

Emilio GUICHOT REINA (2006), "La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de los libros del Registro", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 697, págs. 1867-1908.

María Teresa BENDITO CAÑIZARES (2018), "La autorregulación en el Reglamento General de Protección de Datos como solución frente al mercado digital fragmentado: el menor y los Registros", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 770, págs. 3119-3172.

María José MORAL MORO (2010), "La Ley de Protección de Datos y los Registros de la Propiedad y Mercantil", en Ernesto Pedraz Penalva (Director) *Protección de datos y proceso penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, págs. 195-306.

Encarna ROCA TRÍAS (2016), "Registro de la Propiedad y protección de datos", *Revista Jurídica de Catalunya,* 2, págs. 301-307.

Inmaculada VIVAS TESÓN (2018), "El nuevo régimen de protección de datos del Registro de la Propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, 33, págs. 117-156.

InDret
3.2020

Guillermo Ormazabal Sánchez
Universitat de Girona

El "dieselgate" ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva

Sumario

-

El presente trabajo se dirige a analizar las claves fundamentales de los procesos judiciales que se han seguido en los EE. UU. y en Alemania para depurar la responsabilidad de Volkswagen en el así llamado "Dieselgate". El trabajo expone con detalle los antecedentes del caso y a continuación explica su desenvolvimiento ante los tribunales de ambos países, intentando dar cuenta de las coordenadas esenciales, legislativas y jurisprudenciales, que lo contextualizan. Tras detectar los problemas con los que ha topado en ambos escenarios la tutela eficaz de los derechos de los afectados se realizan ciertas observaciones y comentarios comparativos. En general, se concluye que el modelo de afrontar la litigación en masa se ha revelado en los EE. UU. más eficiente que en Alemania, donde el así llamado proceso modelo es incapaz de ofrecer la satisfacción adecuada de los derechos de las personas afectadas y se aplica sólo a consumidores. Se crítica, además, la tendencia de los altos tribunales alemanes para anticipar criterios jurisprudenciales unificadores fuera de la sentencia que pone fin al recurso de casación. Por otra parte, en ambos países se constata la tendencia a rehuir del control judicial de la transacción concluida para poner fin el proceso colectivo y finalmente, se propone la traslación a los ordenamientos europeos de ciertos aspectos del régimen legal de la litigación masiva en los EE. UU., a la vez que se desaconseja la importación de otros que se consideran altamente inconvenientes.

Abstract

-

The paper is directed to analyze the main aspects of the judicial proceedings conducted in the USA and in Germany in order to assess the liability of Volkswagen in the so-called "Dieselgate". The paper exposes in detail the background of the case and then explains its development before the courts of both countries, trying to account for the essential legislative and jurisprudential coordinates needed to contextualize it. After detecting the hurdles encountered in both jurisdictions to afford effective judicial relief for mass damages, certain comparative observations and comments are made. Overall, it is concluded that the model of dealing with mass litigation has proven in the USA more efficient than in Germany, where the so-called model process is unable to offer direct satisfaction of the rights of those who suffered the damages and applies only to consumers. Furthermore, a critical opinion is offered on the tendency of the German high courts to anticipate unifying jurisprudential criteria before the final adjudication of the appeal. On the other hand, in both countries there is a tendency to avoid judicial control of collective settlements. Finally, it is proposed that certain aspects of the legal regime of mass litigation in the US be transferred to the European legal systems while the importation of others considered highly detrimental is discouraged.

-

Title: *The "Dieselgate" before the German and USA Courts: Lessons to Be Taken about the Treatment of Mass Litigation.*

-

Palabras clave: Derecho procesal civil, Acciones colectivas, litigación colectiva, litigación en masa, daños masivos, protección de consumidores.
Keywords: *Civil procedure, class-actions, collective litigation, mass-litigation, mass-damages, consumer protection.*
DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.02

InDret
3.2020

Recepción
14/05/2020
-
Aceptación
24/06/2020
-

Índice

-

1. Consideraciones preliminares y metodología
2. Los hechos del caso y sus precedentes. La historia y el desenlace de una desenfrenada ambición empresarial.
2.1. Trayectoria ascendente de VW hacia el liderazgo mundial del sector automovilístico y el escollo de los límites reglamentarios en materia de emisiones contaminantes.
2.2. El descubrimiento del software de desactivación clandestino y el inicio del calvario judicial de Volkswagen en los EE. UU.
3. In Re Volkswagen "Clean Diesel" Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation. Aspectos centrales de la ofensiva judicial contra Volkswagen en los EE. UU.
3.1. Inicio y desarrollo de las actuaciones. La coordinación y desarrollo del cúmulo de procedimientos a través de un expediente de MDL (Multi-District Litigation).
3.2. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 2.0 litros (2.0 Settlement)
3.3. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 3.0 litros (3.0 Settlement)
3.4. la transacción colectiva con Bosch (Bosch Class Settlement)
4. El asunto de la manipulación de los motores diésel de Volkswagen ante la jurisdicción civil alemana.
4.1. Rasgos esenciales de la regulación de la litigación masiva y de la tutela colectiva en el Derecho alemán.
4.2. Visión panorámica de los procedimientos y acciones judiciales ejercitadas contra Volkswagen en Alemania.
4.3. El proceso modelo (Musterfeststellungsverfahren) contra Volkswagen.
a) Aspectos esenciales del proceso modelo en materia de consumo regulado en los §§ 606 a 614 ZPO.
b) Inconvenientes del proceso modelo para procurar adecuadamente la satisfacción de los perjudicados puestos de manifiesto en el Dieselgate.
4.4. La articulación procesal de reclamaciones individuales masivas a través de la cesión fiduciaria de derechos (Inkassozession).
Como ya se dijo, en el asunto contra VW que nos ocupa, el mecanismo de la cesión fiduciaria de acciones para obtener una satisfacción por los daños sufridos ha
4.5. Un discutible modo de proceder: la publicación de "resoluciones judiciales indicativas" (Hinweisbeschlüsse) como medio de sentar criterios jurídicos uniformes cuando el desistimiento de los recursos impide la formación de un verdadero precedente jurisprudencial.
5. Observaciones comparativas y conclusiones.
6. Bibliografía.

-

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

1. Consideraciones preliminares y metodología*

El presente trabajo se dirige a analizar las claves fundamentales de los procesos judiciales que se han seguido en los EE. UU. y en Alemania para depurar la responsabilidad civil y dilucidar otras consecuencias de orden no penal derivadas de la instalación clandestina por parte de Volkswagen (en adelante VW) de un software de desactivación en varios de sus modelos diésel con el objeto de burlar los controles gubernativos sobre emisiones. El asunto es conocido popularmente con el nombre de "Dieselgate", nombre que, para simplificar, utilizaremos en las líneas que siguen.

En vez de confrontar desde el plano puramente teórico los modelos de litigación masiva de ambos países, en las páginas que siguen se pretende abordar un estudio comparativo desde la perspectiva del desarrollo y, en su caso, desenlace del asunto ante los tribunales de los respectivos países. Se trata de un caso excepcionalmente importante y de enorme relevancia económica y social, en el cual se han puesto a prueba los mecanismos que los ordenamientos jurídicos alemán y norteamericano brindan para afrontar el tratamiento de la litigación en masa. De este modo se pretende alcanzar una visión realista de los problemas concernidos, que no puede ser suministrada únicamente por el examen de conjuntos normativos. Por supuesto, para alcanzar dicho resultado será también preciso tomar en consideración las coordenadas regulatorias correspondientes, pero siempre desde la perspectiva de su aplicación al caso que nos ocupa. De este modo, una vez establecidos los términos de la comparación, esperamos concluir el trabajo realizando ciertas observaciones dirigidas a mejorar el tratamiento procesal de la litigación en masa, tanto la colectiva propiamente dicha, como la basada en diferentes técnicas de agregación o coordinación de acciones.

El esquema del trabajo no puede ser más simple. Comenzaré exponiendo los antecedentes del caso y a continuación analizaré su desenvolvimiento ante los tribunales de ambos países, intentando dar cuenta de la historia forense y simultáneamente de las coordenadas esenciales, legislativas y jurisprudenciales, que lo contextualizan. Al mismo tiempo trataré de detectar los problemas con los que ha topado en ambos escenarios el despliegue de una adecuada tutela de los derechos de la masa de afectados. Con los datos suministrados por dicho estudio, el último epígrafe se dedicará a realizar ciertas observaciones y comentarios comparativos.

2. Los hechos del caso y sus precedentes. La historia y el desenlace de una desenfrenada ambición empresarial.

2.1. Trayectoria ascendente de VW hacia el liderazgo mundial del sector automovilístico y el escollo de los límites reglamentarios en materia de emisiones contaminantes.

Los orígenes de la compañía automovilística VW se remontan a la época del III Reich, cuando Adolf Hitler, en 1937, impulsado por fines propagandísticos, impulsó el proyecto de producir y comercializar bajo los auspicios del régimen un vehículo utilitario asequible a la mayoría de la

* Autor de contacto: Guillermo Ormazabal Sánchez, guillermo.ormazabal@udg.edu.
El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D "Acciones colectivas, una nueva regulación" DER 2017-82146-P.

población alemana. Encomendó dicho proyecto a Ferdinand Porsche, constructor del famoso Volkswagen escarabajo (que apenas llegó a producirse y venderse a causa del estallido de la segunda guerra mundial) y fundador de la fábrica Volkswagenswerk en la actual ciudad de Wolfsburg (Baja Sajonia), donde radica hasta la fecha la sede de la compañía. En los años de la contienda mundial la dirección de la fábrica fue asumida por Anton Piëch. Durante los años de la postguerra hasta la actualidad el grupo empresarial ha seguido una línea de meteórica ascensión hasta situarse en la cúspide mundial del sector automovilístico. En todo ese tiempo las familias Piëch y Porsche han ejercido un notable control sobre la compañía, sobre todo tras el periodo en el que Ferdinand Piëch asumió su dirección ejecutiva (1993-2002) y la dirección del consejo de administración (2002-2015)[1]. De hecho, tras la compra de Porsche en 2012, las familias Porsche y Piëch pasaron a ser los propietarios de la mayoría de las acciones con derecho a voto (*Stimmrechtsaktien*) de VW. En fin: en 2015 VW superó en ventas a Toyota y se convirtió en el primer productor mundial de automóviles[2].

Esta fugaz sinopsis de los hitos fundamentales de la historia del grupo empresarial resulta de crucial importancia para comprender los hechos objeto de los procesos que nos ocupan, que se hicieron públicos precisamente en el año en el que la carrera de triunfo de VW llegó a su apogeo. En efecto, la dura pugna en el mercado mundial automovilístico y el desmedido afán de VW por situarse en su vanguardia es la principal razón que explica su arriesgada -con el tiempo se revelaría letal- decisión de instalar clandestinamente en algunos de sus vehículos diésel un software diseñado para burlar los controles reglamentariamente establecidos de emisiones de óxido de nitrógeno (NOx). La sofocante presión ejercida desde Wolfsburg sobre los directivos de VW para mantener el nivel de ventas y el liderazgo mundial explica también la adopción de tan temeraria y, por lo demás, antiética decisión empresarial.

Como es sabido, VW y el resto de las marcas de su grupo empresarial destacaban, entre otros aspectos, por la tecnología de sus motores diésel. Dicha tecnología, que permitía alcanzar altas cotas de eficiencia y ahorro, tenía, sin embargo, el inconveniente de producir un gran impacto ambiental por su elevado nivel de emisiones de NOx. Y aunque existía la posibilidad, en términos técnicos, de reducir dichas emisiones hasta niveles tolerables, la solución pasaba por aumentar el volumen del depósito de urea (*adBlue*) destinado a neutralizarlas, decisión que comportaba considerables repercusiones en el diseño del vehículo y que hubiese supuesto obligar a los usuarios a acudir a los servicios mecánicos con mayor frecuencia que para el cambio de aceite, incomodidad que implicaba a su vez una notable desventaja en términos competitivos.

---

[1]. Los hitos fundamentales de dicha trayectoria son, con mayor detalle, los siguientes: En 1965 VW adquiere la empresa Auto Union GmbH, que fusiona en 1965 con NSU-Motorenwerk, unión de la que resulta la empresa Audi. En 1986 VW compra la española SEAT y en 1991, tras la caída del telón de acero, la empresa checoslovaca Škoda. En 1998, adquirió también la empresa británica productora de limusinas de lujo Bentley Motors, y las empresas italianas Lamborghini y Bugatti, que fabricaban vehículos deportivos también de lujo. En 2008 VW se convirtió en la accionista mayoritaria del productor sueco de camiones Scania y en 2011 adquirió también la mayoría de las participaciones del grupo alemán de camiones Man. En fin, en 2012 VW compra la empresa Porsche y la fabrica italiana de motocicletas Ducati. EWING (2017, pp.359 y 360).

[2]. Quien esté interesado en informarse sobre el nacimiento y desarrollo de la compañía sí como de los hechos que marcaron el escándalo del software de desactivación, la sucesiva ofensiva judicial y otras vicisitudes del asunto puede consultar el libro EWING (2017).

Poco dispuesto a ceder posiciones en la despiadada contienda por la primacía en el mercado, VW acabó no resistiéndose a la tentación de instalar en ciertos modelos diésel el software antes referido, conocido en español como dispositivo de desactivación o dispositivo manipulador (*defeat device*), definido en la legislación europea como *todo elemento de diseño que detecta la temperatura, la velocidad del vehículo, las revoluciones por minuto del motor, la marcha introducida, la depresión de admisión y cualquier otro parámetro con el fin de activar, modular, aplazar o desactivar el funcionamiento de cualquier pieza del sistema de control de las emisiones, y reduce la eficacia de dicho sistema en condiciones que puede esperarse razonablemente que se produzcan durante el funcionamiento y la utilización normales del vehículo*[3]. El dispositivo de desactivación instalado por VW en sus vehículos detectaba cuándo el vehículo estaba siendo sometido a un test o control en situación estática y entonces activaba el funcionamiento normal del sistema de control de emisiones. Por el contrario, cuando percibía que el vehículo estaba circulando en situación normal, es decir en carretera, desactivaba dicho sistema de control, llegando a superar en cuarenta veces el nivel máximo de emisiones de NOx legalmente permitidas[4].

2.2. El descubrimiento del software de desactivación clandestino y el inicio del calvario judicial de Volkswagen en los EE. UU.

No es sólo que VW llevase a cabo la referida práctica fraudulenta, sino que, mientras lo hacía, lanzaba una grandilocuente y potente campaña mediática resaltando las virtudes medioambientales del *Clean Diesel*, que en los Estados Unidos llevó a prominentes militantes ecologistas a hacer una apología pública de VW y a adquirir como vehículo personal alguno de los modelos clandestinamente equipados con el software de desactivación[5].

Hasta una determinada fecha, los controles de emisiones, tanto en los EE. UU. como en Europa, se llevaban a cabo en laboratorios especializados, pero tras el informe realizado por el *Center for Alternative Fuels, Engines and Emissions* (CAFEE) de la West Virginia University[6] se puso de manifiesto que las mediciones llevadas a cabo de este modo diferían notablemente de las emisiones reales que los vehículos producían en condiciones normales cuando circulaban en carretera. En efecto, el Consejo Internacional de Transporte Limpio (ICCT, *International Council on Clean Transportation*) encargó el estudio en 2013 para realizar pruebas de emisiones de vehículos en uso (circulando por la carretera), utilizando un sistema de medición de emisiones portátil (PEMS) en tres vehículos diésel que habían sido certificados por las agencias medioambientales competentes de los EE. UU. y del Estado de California. El estudio fue parte

---

1. [3]. Art. 3.10 del Reglamento (CE) No 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos. La definición que le da la legislación medioambiental federal de los EE. UU. es casi idéntica: Defeat device *means an auxiliary emission control device (AECD) that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use* (U.S.C. 40 CFR § 86.004-2, relativo al control de emisiones).

[4]. MACDOUGALD (2017, p. 133).

[5]. EWING (2017, pp.197 y 198).

[6]. El informe lleva por título *In-Use Emissions Testing of Light-Duty Diesel Vehicles in the United States*. Es accesible en la página web: https://www.eenews.net/assets/2015/09/21/document_cw_02.pdf

de un análisis más amplio de datos proporcionados por PEMS de automóviles diésel de fabricación europea y norteamericana y en el que se estudiaba la brecha existente entre las emisiones reales y los niveles empleados en la certificación administrativa, con el objetivo de demostrar la efectividad de la legislación de emisiones norteamericana en comparación con los estándares europeos, que resultarían menos exigentes. Dos de los tres vehículos de prueba utilizados para el estudio de CAFEE fueron modelos VW, concretamente un Passat y un Jetta. El estudio reveló que esos dos vehículos, ambos con motores diésel de 2.0 litros, cuando se probaron con una unidad PEMS produjeron emisiones en carretera excesivamente altas, emitiendo NOx en valores muy superiores a los límites permisibles. Los ingenieros de CAFEE informaron sus hallazgos a la propia VW, y a las agencias medioambientales (CARB y EPA). De este modo comenzaron las investigaciones federales y estatales, así como las tácticas encubridoras de VW para evitar que su conducta fraudulenta aflorase a la luz[7].

En Europa, el art. 5.2 a) del Reglamento (CE) No 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor permite excepcionalmente el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones, entre otros motivos, cuando la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo[8]. También la legislación de los EE. UU. autoriza excepcionalmente a instalar dispositivos de desactivación en términos similares o, más bien, considera que si concurren dichas circunstancias no cabe hablar de un verdadero dispositivo de desactivación, en sí mismo prohibido por la ley[9]. La diferencia es que conforme a la legalidad estadounidense es preciso comunicar dicha instalación a la administración certificadora y justificar su necesidad de acuerdo con ciertos parámetros establecidos reglamentariamente[10]. Como se

---

[7]. CRUDEN, ENGEL, COONEY, VAN EATON ((2018, pp. 123 y ss).

[8]. Art.5.2: *Estará prohibido el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones. La prohibición no se aplicará cuando: a) la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo; b) el dispositivo no funcione más allá de las exigencias de arranque del motor, o c) en los procedimientos de ensayo se incluyan las condiciones apropiadas para verificar las emisiones de evaporación y las emisiones medias del tubo de escape*.

[9]. Véase 40 CFR § 86.004-2 (Definitions) (...) *Defeat device means an auxiliary emission control device (AECD) that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use, unless: (1) Such conditions are substantially included in the applicable Federal emission test procedure for heavy-duty vehicles and heavy-duty engines described in subpart N of this part; (2) The need for the AECD is justified in terms of protecting the vehicle against damage or accident; (3) The AECD does not go beyond the requirements of engine starting; or (4) The AECD applies only for engines that will be installed in emergency vehicles, and the need is justified in terms of preventing the engine from losing speed, torque, or power due abnormal conditions of the emission control system, or in terms of preventing such abnormal conditions from occurring, during operation related to emergency response. Examples of such abnormal conditions may include excessive exhaust backpressure from an overloaded particulate trap and running out of diesel exhaust fluid for engines that rely on urea-based selective catalytic reduction*.

[10]. 40 CFR § 86.1844-01 (Information requirements: Application for certification and submittal of information upon request) en cuyo apartado (d) 11 se establece que *a list of all auxiliary emission control devices (AECD) installed on any applicable vehicles, including a justification for each AECD, the parameters they sense and control, a detailed justification of each AECD that results in a reduction in effectiveness of the emission control system, and rationale for why it is not a defeat device as defined under* § *86.1809*. Además, el precepto autoriza a la agencia certificadora para requerir del fabricante cierta información adicional en materia de emisiones.

puede comprobar, la normativa de la UE es más laxa que la norteamericana en lo relativo al control sobre el uso de aquellos dispositivos. En Europa cabe usarlos legalmente con mayor facilidad que en los EE. UU., sobre todo si se repara en la vaguedad de la expresión *protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo*, privada de mayor concreción reglamentaria y control administrativo.

En cualquier caso, una vez afloradas las sospechas respecto del comportamiento fraudulento de VW e iniciadas las correspondientes investigaciones administrativas, la actitud de VW en el desarrollo de las pesquisas no se caracterizó precisamente por su predisposición a cooperar. Varios de sus directivos trataron reiteradamente de ocultar información y datos a las autoridades y de distraer el curso de sus averiguaciones. Hasta que llegó un momento en que la compañía no tuvo más remedio que confesar abiertamente la instalación clandestina y fraudulenta de los dispositivos, provocando la irritación y el enojo de las autoridades medioambientales, que descubrieron haber sido engañadas durante largos años, así como la indignación de quienes habían adquirido sus vehículos, especialmente aquellos que lo habían hecho movidos por su conciencia ecológica[11].

3. In Re Volkswagen "Clean Diesel" Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation. Aspectos centrales de la ofensiva judicial contra Volkswagen en los EE. UU.

3.1. Inicio y desarrollo de las actuaciones. La coordinación y desarrollo del cúmulo de procedimientos a través de un expediente de MDL (*Multi-District Litigation*).

A continuación, paso a referir sintéticamente los aspectos centrales de la tormenta judicial contra VW en los EE. UU.[12], que se desencadenó a raíz de una denuncia (*Notice of Violation*) presentada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA)[13] el 18 septiembre de 2015 respecto de los vehículos equipados con el motor diésel de 2.0 litros (incluía modelos tan populares como Jetta, Golf, Passat, Beetle, y Audi A3). A esta primera denuncia siguió una segunda *Notice of Violation* formulada también por la EPA, el 2 de noviembre de 2015, referida esta vez a los vehículos equipados con motor diésel de 3.0 litros, y comprendía importantes modelos deportivos y de lujo como Touareg, modelos Audi A6, A7, A8, Q5 y el Porsche Cayenne.

El diluvio de acciones civiles contra VW comenzó, de hecho, nada más publicarse la primera denuncia de la EPA, concretamente con el asunto *Fiol v. Volkswagen Group of America, Inc*., que fue planteado ante en el Juzgado del Distrito Norte de California el 18 de septiembre de 2015,

[11]. Para más detalles sobre la conducta de VW durante la investigación, véase EWING (2018, pp.213 y ss.).

[12]. Es especialmente recomendable, por el esfuerzo de síntesis pero a la vez razonable amplitud y detalle del relato, el trabajo de CRUDEN, ENGEL, COONEY, VAN EATON ((2018). Los autores forman parte del equipo de abogados del Departamento de Justicia de los EE. UU. que se ocuparon del caso, lo que avalora el relato al proporcionar una visión de primera mano de la historia judicial. Si se prefiere una información más detallada, toda la información judicial sobre la asunto se puede consultar en: https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/

[13]. *Environmental Protection Agency*. Es una agencia del gobierno federal de Estados Unidos encargada de proteger la salud humana y el medio ambiente: aire, agua y suelo.

es decir el mismo día en que se hizo pública aquella primera denuncia. A ella siguieron muchas otras en muy diversos foros, federales y estatales, algunas de carácter individual y otras de carácter colectivo (*class actions*)[14].

A la vista de la avalancha de procesos a los que previsiblemente habría de hacer frente VW, se acudió en fecha tan temprana como el 23 de septiembre de 2015 a una institución peculiar del Derecho procesal norteamericano conocida con el nombre de *Multidistrict Litigation* (abreviadamente MDL). Su regulación se halla en el 28 U.S.C. § 1407[15]. Dispone dicho precepto que, cuando estén pendientes ante los tribunales de diferentes distritos acciones civiles que tengan en común una o más cuestiones de hecho, dichas acciones podrán ser transferidas al tribunal de un distrito concreto con el fin de que las actuaciones previas al juicio (*pretrial proceedings*) se sustancien de forma unificada y coordinada ante dicho tribunal. La competencia para ordenar dicha transferencia corresponde a un órgano judicial colegiado, que, en traducción libre al español, podríamos denominar sala de litigación "multidistritual" (*Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, JPML).

La constitución del MDL puede ser instada por cualquiera que reúna la condición de parte en los procesos cuya trasferencia se pretende o acordada *ex officio* por el propio JPML, siempre que dicha trasferencia resulte conveniente para las partes y para los testigos y parezca útil para promover de modo justo y eficiente la tramitación de las actuaciones. Los procedimientos y acciones así transferidas serán devueltas al tribunal de distrito de origen cuando concluyan las actuaciones preparatorias del juicio, de modo que éste pueda desarrollarse ante dichos órganos judiciales. A menos, claro está, que se haya puesto fin al proceso de forma consensual ante el propio tribunal que se encarga del MDL, lo que ocurre con harta frecuencia[16].

En los últimos años la litigación masiva en los EE. UU. se canaliza con mayor frecuencia a través de MDL que mediante el ejercicio de *class actions*, hasta el punto de que, según datos de años recientes, un tercio de los asuntos tramitados ante los tribunales federales se inscriben en algún MDL y la mayoría de las acciones de daños ejercitadas ante los tribunales federales se ventilan asimismo en expedientes de MDL[17].

---

[14]. Más en concreto, se certificaron tres acciones colectivas que incluían tres clases de demandantes: 1) Consumidores que compraron o alquilaron vehículos Volkswagen afectados; 2) concesionarios de automóviles que tenían incluido los vehículos diésel en su inventario el 18 de septiembre de 2015; y 3) concesionarios de automóviles competidores de Volkswagen que habrían sufrido una desventaja competitiva a causa del marketing engañoso de Volkswagen. MACDOUGALD (2017, p. 150).

[15]. (a) *When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated* (…).
(b) *Such coordinated or consolidated pretrial proceedings shall be conducted by a judge or judges to whom such actions are assigned by the judicial panel on multidistrict litigation. For this purpose, upon request of the panel, a circuit judge or a district judge may be designated and assigned temporarily for service in the transferee district by the Chief Justice of the United States or the chief judge of the circuit, as may be required* (…).

[16]. FREER (2017, pp.307 y ss. y p.884).

[17]. FREER (2017, p.884).

Volviendo a la crónica judicial del asunto, el 3 de diciembre siguiente se reunió en Nueva Orleans el JPML del ya constituido *Clean Diesel MDL*[18] con la comparecencia de más de 24 abogados, que convinieron en la necesidad de transferir y unificar todos los procedimientos mediante un MDL, aunque no hubo unanimidad en cuanto al lugar en que debía producirse la consolidación de procedimientos.

El 8 de diciembre siguiente el JPML resolvió transferir los procedimientos al Distrito Norte de California y poner su tramitación a cargo del Juez Breyer. Su primera resolución (*Pretrial Order*), justo el día siguiente a haber recibido el encargo de ocuparse de la fase preparatoria del cúmulo de procedimientos transferidos, fue convocar a las partes para el siguiente 22 de diciembre con el fin de celebrar la audiencia dirigida a fijar el calendario y programar las actuaciones (*Initial Case Management Conference*).

El 4 de enero de 2016, el EES (*Environmental Enforcement Section*, la Sección Medioambiental del Departamento de Justicia de los EE. UU.) interpuso demanda ante los tribunales federales del Distrito Este de Michigan contra VW, Audi y Porsche[19], que inmediatamente fue transferida al MDL constituido en California. Se trataba de una acción dirigida a imponer al grupo empresarial diversas "sanciones civiles" (*civil penalties*) por vulneración de la normativa medioambiental. Es preciso observar a este respecto que en la Sección 205 de la Ley Federal de Pureza del Aire (CAA)[20], aplicable en el caso que nos ocupa, no se contemplan sanciones administrativas en el sentido que dicho término posee en España y el resto de Europa, es decir, sanciones directamente impuestas por la administración, en su caso recurribles ante los tribunales. Se trata, más bien, de infracciones legales que conllevan sanciones no penales y por dicha razón adjetivadas como "civiles" (*civil penalties*), cuya aplicación corresponde a los órganos judiciales mediante un procedimiento civil instado por los organismos o agencias públicas a las que se encomienda velar por el cumplimiento de la legalidad medioambiental.

El 21 de enero de 2016 el Juez Breyer nombró a uno de los abogados como encargado de coordinar a las partes actoras (*Lead Plaintiff's Counsel*) no gubernamentales y el Comité Directivo de Demandantes (*Paintiff's Steering Committee*). Segregó los casos relativos a títulos valores (*securities*), pero ordenó que se tramitasen conjuntamente las acciones individuales y colectivas instadas por los consumidores y las interpuestas por el Departamento de Justicia y el resto de las agencias u organismos federales para la imposición de sanciones por vulneración de la legislación medioambiental. Asimismo, nombró como *Settlement Master* al ex director del FBI, Robert S. Mueller III. El encargo que se confiere a esta figura es, en concreto, intentar aproximar a las partes contendientes para lograr un acuerdo global que ponga fin a la controversia.

---

[18]. La referencia oficial del caso es, en concreto, *In re Volkswagen "Clean Diesel" Marketing, Sales Practices, and Products Liability Litigation*, Case No. 3:15-md-02672-CRB ("MDL 2672"), United States District Court for the Northern District of California.

[19]. Concretamente contra 6 entidades integrantes del grupo: Volkswagen AG, Volkswagen Group of America, Inc., Volkswagen Group of America Chattanooga Operations, LLC, Audi AG, Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG, y Porsche Cars North America, Inc.

[20]. *Clear Air Act*, 42 U.S.C. §7401 y ss. (1970), con sus enmiendas de 1977 y 1990.

Inmediatamente, además, las partes negociaron las actuaciones de *discovery* que debían llevarse a cabo. A tal fin fue preciso pactar un protocolo para gestionar la aportación de una ingente cantidad de documentos basado en una compleja tecnología.

El MDL llegó a comprender 1567 acciones individuales, a parte de las colectivas o de clase. Un número significativo de estos asuntos fueron planteados por propietarios y arrendatarios de vehículos diésel de 2.0 litros y de 3.0 litros, entre los que se contaban tanto personas que todavía estaban en posesión de su vehículo como propietarios o arrendadores en el momento en que presentaron la demanda, como anteriores propietarios y arrendatarios de los vehículos afectados.

Al MDL se transfirieron también numerosas demandas presentadas por concesionarios de franquicias de Volkswagen, así como concesionarios de la competencia que vendían vehículos nuevos y usados y que alegaban daños y perjuicios como resultado del engaño de Volkswagen.

Hubo también reclamaciones individuales formuladas contra las compañías Robert Bosch GmbH y Robert Bosch LLC, que habrían suministrado los ECM (*Electronic Control Module*), incluido el software integrado, fraudulentamente utilizado en los vehículos diésel de 2.0 litros y 3.0 litros de Volkswagen como dispositivo de desactivación.

Numerosos particulares, titulares de valores relacionados con VW, ejercitaron asimismo acciones reclamando indemnizaciones por los daños financieros causados por engaño.

Y, en fin, inicialmente fuera del contexto de MDL, otros particulares presentaron asimismo demandas ante las jurisdicciones de diferentes Estados de la Unión alegando la infracción de normas propias de aquellos Estados. Muchos de dichos procedimientos fueron también transferidos al MDL.

Por lo que respecta a los demandantes de carácter público la División Civil del Departamento de Justicia de los EE. UU. ejercitó, como se ha apuntado, a través del EES, diversas acciones por vulneración de la Ley de Pureza del Aire (CAA) en nombre de la EPA. Además, también interpuso demanda dirigida a sancionar a VW por la violación de otras leyes federales, entre ellas, la Ley de Reforma, Recuperación y Cumplimiento de las Instituciones Financieras de 1989 (FIRREA)[21], acusando a VW de haber utilizado los mercados financieros norteamericanos para financiar actividades ilegales, en el sentido de contrarias a la normativa medioambiental[22].

---

[21]. *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement* (abreviadamente FIRREA, 12 U.S.C. § 1833a), es una ley federal de los Estados Unidos promulgada a raíz de la crisis de ahorro y préstamo de la década de 1980. Con base en dicha ley, por ejemplo, se creó un organismo denominado *Resolucion Trust Corporation* que permitió cerrar cientos de instituciones financieras insolventes y proporcionó fondos para pagar el seguro a sus depositantes. Transfirió la autoridad reguladora de ahorro de la Junta del Banco Federal de Préstamos para el Hogar a la Oficina de Supervisión de Ahorro. Cambió drásticamente la industria de ahorro y préstamo y su regulación federal, alentando la concesión de préstamos. Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Financial_Institutions_Reform,_Recovery,_and_Enforcement_Act_of_1989

[22]. El Departamento de Justicia afirmaba que Volkswagen AG y Volkswagen Group of America, a través de una filial de esta última (Volkswagen Credit, Inc.), habrían respaldado las ventas y el arrendamiento de ciertos vehículos Volkswagen, incluidos los vehículos con dispositivo de desactivación fraudulento, ofreciendo condiciones financieras competitivas, comprando a los concesionarios que comercializaban los vehículos contratos a plazos de venta minorista (es decir, préstamos) y contratos de arrendamiento

Además de la División Civil del Departamento de Justicia de los Estados Unidos ahora referida, otras entidades y agencias gubernamentales presentaron también demandas en el MDL:

-

- La Comisión Federal de Comercio (FTC)[23] interpuso demanda por vulneraciones del § 5 (a) Ley de la Comisión Federal de Comercio[24], reprochando a VW haber engañado a los consumidores al venderles o arrendarles más de 550,000 automóviles diésel afirmando falsamente que los automóviles producían bajas emisiones, eran respetuosos con el medio ambiente y cumplían con los estándares legales en materia de emisiones.

- El Servicio de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos (CBP)[25] instó también la imposición a VW de una serie de sanciones (*civil penalties*) reprochándole haber violado la legislación de aduanas al remitirle intencionalmente declaraciones falsas y omitir información relevante durante varios años con la intención de engañar respecto a la idoneidad de los vehículos para ser comercializados en los Estados Unidos. Como VW, al no revelar a la EPA los dispositivos de desactivación en el momento de la importación, se procuró fraudulentamente los permisos administrativos necesarios para introducir vehículos en los EE. UU., la empresa también habría declarado intencional y falsamente a CBP que los casi 580,000 vehículos importados se ajustaban a las leyes ambientales aplicables en los EE. UU., incurriendo así también en un fraude aduanero.

Por su parte, el Estado de California se mostró formalmente parte en las actuaciones del MDL el 27 de junio de 2016. Su agencia competente para cuestiones relativas a la polución atmosférica (la CARB: *Californian Air Resources Board*) había sido uno de los organismos administrativos que habían investigado con mayor rigor y ahínco las sospechas sobre irregularidades cometidas por VW.

El cúmulo de procedimientos finalizó consensualmente a través de tres grupos de acuerdos, aprobados judicialmente, que incluían transacciones colectivas destinadas a compensar los

---

suscritos por los clientes, así como también préstamos rotativos (*revolving loans*) contraídos por el concesionario. Estos acuerdos de financiación fueron garantizados principalmente con los vehículos subyacentes a las transacciones de préstamos y arrendamientos (*asset-backed securities*). De este modo se habrían vulnerado las disposiciones de FIRREA dirigidas a impedir la utilización de los mercados financieros para cometer actos fraudulentos y garantizar la estabilidad del sistema financiero de la nación. Véase al respecto la nota informativa del Departamento de Justicia de los EE. UU., de 11 de enero de 2017: https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-ag-agrees-plead-guilty-and-pay-43-billion-criminal-and-civil-penalties-six

[23]. *Federal Trade Comission*. Es una agencia independiente del gobierno de los Estados Unidos cuya misión principal es velar por el cumplimiento de la legislación antitrust (no penal) de los Estados Unidos y la protección de los consumidores. La FTC comparte la competencia en lo referente al cumplimiento de la ley federal antimonopolio en los Estados Unidos con la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

[24]. *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. § 45 a).

[25]. *Customs and Border Protection*. Es una agencia federal adscrita al Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (*United States Department of Homeland Security*). Es asimismo la principal organización de control de fronteras del país. Se encarga de regular y facilitar el comercio internacional, recaudar aranceles de importación y hacer cumplir la legislación de los EE. UU., incluidos el comercio, las aduanas y la inmigración. CBP es una de las agencias policiales más grandes de los Estados Unidos (cuenta con más de 60.000 empleados).

daños sufridos por los particulares afectados, así como acuerdos concluidos con las agencias medioambientales, el Departamento de Estado de los EE. UU. y el Estado de California, en los que se pactaba el pago de ciertas sumas en concepto de multa o sanción civil y el compromiso por parte de VW de llevar a cabo ciertas actuaciones y atenerse a ciertos deberes de conducta (*injunctive relief*).

La suma que VW hubo de satisfacer por todos los conceptos (indemnizaciones a particulares, multas civiles etc.) superó los 20.000.000.000 $, que incluía las sanciones más elevadas por ilícitos medioambientales registrada en la historia judicial norteamericana[26].

3.2. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 2.0 litros (2.0 Settlement)[27]

El primero grupo de acuerdos se refería a los vehículos diésel de 2.0 litros y comprendía una transacción colectiva, así como ciertos acuerdos con las acciones de naturaleza no resarcitoria ejercitadas por las entidades públicas referidas líneas más arriba.

El objetivo de la transacción colectiva era compensar a todos aquellos que estuviesen en posesión o fuesen arrendatarios de un vehículo TDI de 2.0 litros de Volkswagen o Audi ("vehículo elegible") el 18 de septiembre de 2015 (la fecha en que las denuncias de emisiones se hicieron públicas), o que en el momento de la transacción poseyese un vehículo Volkswagen de la clase concernida, mediante la creación de un fondo de 10.033.000.000 $ con los que los miembros de la clase serían compensados con arreglo a un cierto programa de liquidación.

La mayoría de los miembros de la clase poseían un vehículo elegible el 18 de septiembre de 2015 y aun conservaban la posesión de dicho automóvil. A éstos se les ofrecían dos opciones: (1) que Volkswagen les comprase el automóvil (recompra, *buyback*) de inmediato, o (2) aguardar a que, eventualmente, las agencias medioambientales competentes aprobasen una modificación del vehículo en relación con el tipo de motor afectado que permitiese adecuarlo a la normativa sobre emisiones y, posteriormente, decidir si vender su automóvil a Volkswagen o aceptar la referida modificación.

Los miembros de la clase que tuviesen arrendado un vehículo elegible el 18 de septiembre de 2015 también podían escoger entre dos opciones: (1) rescindir su arrendamiento sin penalización por rescisión anticipada, o (2) conservar su automóvil y recibir un vehículo modificado que se ajustase a los niveles de emisiones reglamentarias, si así lo aprobaban las agencias medioambientales competentes.

Los miembros de la clase que no se excluyesen de la transacción colectiva recibirían un pago en efectivo además de la recompra o rescisión del arrendamiento o recepción de un vehículo reglamentariamente modificado. Si se excluyesen de la clase, aún podrían obtener un vehículo

---

[26]. CRUDEN, ENGEL, COONEY, VAN EATON ((2018, p. 121).

[27]. Al respecto puede consultarse la página web de los tribunales del Distrito Norte de California: https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/final-2-0-l-settlement/

reglamentariamente modificado, pero no podrían obtener la recompra ni la rescisión del arrendamiento, ni recibirían pago en efectivo de ninguna clase.

De todo el conjunto de potenciales damnificados (entre propietarios y arrendadores, presentes o pasados, concesionarios etc.), correspondientes a más de medio millón de vehículos vendidos por VW, únicamente 3566 particulares decidieron excluirse de la transacción.

Además de la compensación ahora descrita en la transacción colectiva, Volkswagen acordaba con EPA y CARB pagar 2700 millones de dólares para dotar un fondo destinado a financiar programas ambientales en todo el país dirigidos a reducir NOx en la atmósfera en una cantidad igual o mayor que la contaminación causada por los automóviles objeto del proceso. Además, Volkswagen debía invertir 2000 millones de dólares en promover vehículos no contaminantes ("vehículos de emisiones cero", "ZEV"), aparte de cualquier cantidad que Volkswagen planease gastar anteriormente en dicha tecnología.

3.3. La transacción colectiva y los acuerdos para poner fin al proceso en relación con los vehículos de 3.0 litros (3.0 Settlement)[28]

El segundo grupo de acuerdos para terminar consensualmente los procesos acumulados se refiere a los vehículos diésel de 3.0 litros y comprende, como el anterior, una transacción colectiva, así como ciertos acuerdos relativos aspectos no resarcitorios pactados con los actores gubernamentales.

En concreto, Volkswagen/Audi/Porsche (todas ellas pertenecientes al mismo grupo empresarial) alcanzaron tres acuerdos en relación con las demandas formuladas contra ellos por no respetar los estándares legales de emisiones en los vehículos diésel TDI de 3.0 litros.

Por lo que se refiere a la transacción colectiva, se acordaba otorgar una compensación básica a todos los miembros de la clase de 3.0 litros, aunque no todos ellos tenían las mismas opciones, porque el acuerdo diferenciaba entre dos "generaciones" de vehículos de 3.0 litros con distintos diseños de motor. Volkswagen creía que no había soluciones prácticas de ingeniería que, sin un impacto negativo en el funcionamiento del vehículo y sin incurrir en dilaciones excesivas, posibilitasen que los vehículos de la Generación-1 cumpliesen con los estándares de emisiones para los que fueron certificados originalmente. Por el contrario, se preveía que los vehículos de la Generación-2 pudiesen se reparados de modo que cumpliesen con los estándares de emisiones de escape certificados sin reducir sustancialmente el rendimiento del vehículo. Consecuentemente, los propietarios o arrendatarios de dichos vehículos podrían optar por dicha reparación.

Como resultado, para los vehículos de la Generación-1, además de cualquier modificación de emisiones reducidas que estuviese disponible, se ofrecía la opción de recompra, canje del vehículo y rescisión del arrendamiento. Las opciones de recompra, canje y rescisión del arrendamiento estarían disponibles también para aquellos con vehículos de la Generación-2 solo si no fuese posible una reparación que permitiese cumplir con las emisiones en un tiempo

[28]. Se puede consultar en la siguiente dirección: https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/final-3-0-l-settlement/

razonable. Sin embargo, los Miembros de la Clase con vehículos de la Generación-2 no tendrían que esperar hasta que esté disponible dicha posibilidad de reparación para recibir una compensación: podían recibir un pago por adelantado de hasta el 50% de la compensación final.

Independientemente de la generación a la que perteneciesen los vehículos, todos los propietarios y arrendatarios elegibles de vehículos de 3.0 litros que no optasen por excluirse de la clase tendrían derecho a una compensación en efectivo y diversos beneficios adicionales descritos en la transacción. Los antiguos propietarios y arrendatarios elegibles que optasen por participar en la clase también tenían derecho a una compensación sustancial en efectivo.

La suma que finalmente habría de pagar Volkswagen dependía del número de miembros de la clase que presentasen oportunamente sus reclamaciones. Si la reparación que cumplía con los estándares de emisiones estuviese disponible en el momento oportuno para los vehículos de la Generación-2 y el 100% de los miembros de la clase con vehículos de la Generación-1 y de la Generación-2 participasen en la transacción, Volkswagen pagaría hasta aproximadamente 1200 millones dólares de compensación total. Si la referida reparación no estuviese disponible a tiempo para los vehículos de la Generación-2 y el 100% de los Miembros de la Clase con los vehículos de la Generación-1 y la Generación-2 participasen en la transacción, Volkswagen pagaría hasta aproximadamente 4040 millones de dólares en concepto de compensación total.

Además, en virtud del acuerdo antes referido entre VW, el Departamento de Justicia de los EE. UU. y la agencia medioambiental californiana (CARB), Volkswagen había de pagar $ 225 millones adicionales para mitigar los efectos ambientales del exceso de emisiones de NOx y, por separado, Volkswagen se comprometió a pagar 25 millones de dólares a CARB para promover el uso de vehículos de emisiones cero en California.

El objetivo final de todos estos acuerdos sería compensar a todos los propietarios o arrendatarios de vehículos elegibles de 3.0 litros por cualquier daño que hubiesen sufrido como consecuencia de las infracciones contra la legislación de emisiones, así como mitigar en lo posible los efectos de las emisiones ilegales producidas por los demandantes.

3.4. la transacción colectiva con Bosch (Bosch Class Settlement)[29]

Las acciones ejercitadas contra Bosch GmbH y Robert Bosch LLC también fueron objeto de una transacción colectiva, en la que se estipulaba que dichas compañías deberían satisfacer 327.5 millones de dólares para resarcir a los perjudicados (propietarios, arrendadores, concesionarios etc.) tanto de vehículos diésel 2.0 litros como diésel 3.0 litros.

[29]. Se puede consultar en la siguiente dirección: https://www.cand.uscourts.gov/judges/breyer-charles-r-crb/in-re-volkswagen-clean-diesel-mdl/bosch-class-settlement-program/

4. El asunto de la manipulación de los motores diésel de Volkswagen ante la jurisdicción civil alemana.

4.1. Rasgos esenciales de la regulación de la litigación masiva y de la tutela colectiva en el Derecho alemán.

Con la parcial excepción del proceso modelo, del que nos ocuparemos más adelante, en el Derecho procesal alemán no se concibe propiamente una legitimación de carácter colectivo, entendida como legitimación (*Klagebefugnis*) o poder de accionar conferido a una persona o pluralidad ellas con abstracción de los miembros individuales del colectivo y con la virtualidad de promover un proceso cuya sentencia vincule a dicho colectivo como tal. Con algunos matices, sólo las concretas personas titulares de los derechos subjetivos en juego están legitimadas para iniciar el proceso, con la excepción, claro está de los casos de legitimación extraordinaria (*Prozessstandschaft*).

En concreto, son completamente desconocidas las acciones colectivas encaminadas reclamar daños dispersos (*Streuschäden*) o masivos (*Massenschäden*), al estilo de las *class actions* norteamericanas, donde el proceso promovido por uno o varios damnificados, previa certificación, por parte del órgano judicial competente, de la acción como *class action*, puede concluir en una sentencia o transacción cuya autoridad de cosa juzgada afecta a todos los damnificados, se hayan o no adherido al proceso, salvo que hayan ejercitado su derecho de separarse de la acción colectiva (*opt out*)[30]. Tampoco se encuentran en Derecho alemán acciones colectivas en su versión *opt in*, es decir, aquellas en que existe la posibilidad de conferir legitimación a un colectivo integrado por personas determinadas que promueven el proceso permitiendo que puedan beneficiarse de los efectos de la sentencia sujetos que no comparecieron en el proceso como partes.

Lo dicho, por supuesto, no significa que no quepa acudir a fórmulas tradicionales, semejantes en todos los ordenamientos de la Europa continental, para "colectivizar" o tratar de encauzar cabalmente reclamaciones colectivas de daños. Eichholz expresa sintéticamente lo dicho con las siguientes palabras: "en Alemania no existe ninguna clase de acción comparable a la *class action*. Existen, no obstante, mecanismos para colectivizar pretensiones procesales. En dicho sentido deben referirse, en primer término, las acciones promovidas por asociaciones

[30]. Aunque el planteamiento puede haber cambiado parcialmente entre tanto, es muy ilustrativa a este respecto la resolución del *Bundesrat*, de 4 de julio de 2008 (Drucksache 248/08), en el que el órgano parlamentario toma posición frente un Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños en materia de derecho de la competencia de la UE. En dicha resolución, en concreto, se afirma que "no cabe admitir una acción de daños promovida por asociaciones que no excluya una acción de grupo inspirada en el sistema *opt-out*. Tal cosa sería difícilmente compatible con el sistema de ejercicio individual de la acción que rige predominantemente en Alemania y también en el resto de los estados miembros de la UE. En este sentido, cada daño individual debe sustanciarse (alegarse) y probarse con carácter individualizado". En la doctrina, sin embargo, no todos comparten este parecer. En concreto, FIEDLER (2018, pp.297 y 298) es del parecer que una acción colectiva promovida por una asociación siguiendo el mecanismo de *opt out* no tiene porqué resultar incompatible con los principios constitucionales si se limita a la reclamación de daños bagatelarios y, a parte de la adecuada información a los posibles interesados, se intenta obtener, aunque no se alcance en su completa extensión subjetiva, una compensación directa a los perjudicados. Lo que presentaría objeciones constitucionales sería prescindir abiertamente de la tutela jurídica individual de los perjudicados y referirla a una colectividad.

(*Verbandsklage*), y entre las mismas, sobre todo, las acciones de cesación (*Unterlassungsansprüche*) en el campo del Derecho de la competencia, del Derecho de las condiciones generales de la contratación y del Derecho de los consumidores. Además, a los anteriores mecanismos hay que añadir el proceso modelo (*Musterverfahren*), que, aunque despliega eficacia de cosa juzgada únicamente *inter partes*, alcanza frecuentemente un ámbito de eficacia semejante al de las acciones promovidas por asociaciones. En el caso de daños masivos, por otra parte, cabe acudir también a mecanismos tales como los de la acumulación de procesos o acciones. Y, finalmente, también se puede acudir a la creación de comunidades de intereses (*Interessengemeinschaften*) a las que se adhieran los damnificados individuales con el objeto de coordinar las reclamaciones"[31].

El concepto de legitimación procesal en el ordenamiento procesal alemán, en cualquier caso, está predominantemente anclado en su concepción tradicional: fuera de los supuestos de legitimación extraordinaria, sólo posee poder de accionar quien afirma ostentar un derecho subjetivo, y sólo a él le afecta el pronunciamiento judicial que recaiga en el proceso.

Por lo demás, con la única excepción del así denominado proceso modelo en relación con demandas por daños causados a los inversores en los mercados de capital a raíz de informaciones falsas, todas las acciones colectivas previstas en el Derecho alemán han de ser promovidas por asociaciones (*Verbandsklage*). Dentro de éstas, como se ha dicho, se incluyen las acciones de cesación (*Unterlassungsklage*)[32] y ciertas acciones dirigidas a obtener un retorno de las ganancias ilícitas, circunscritas todas ellas a ámbitos particulares, concretamente, el consumo y la defensa de la competencia[33].

En relación con la reclamación de daños, el Derecho alemán también contempla una clase de tutela colectiva, el así llamado proceso modelo, aunque, como se verá, no es en dicho proceso

---

[31]. EICHHOLZ (2002, p.225).

[32]. Existen tres modalidades de acción de este tipo de acciones, muy semejantes entre sí: (a) las promovidas con fundamento en la ley de competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*-UWG). El § 8 UWG confiere a ciertas asociaciones una acción de cesación (concretamente, *auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung*) en relación con prácticas de competencia desleal. (b) Las promovidas con fundamento en la ley de acciones de cesación (*Unterlassungsklagegesetz*- UKlaG): el § 1 UKlaG contempla una acción de cesación semejante a la de la ley de competencia desleal ahora referida en relación condiciones generales de la contratación aplicadas en el tráfico negocial. Y el § 2 UKlaG, por su parte, extiende esta modalidad de acción de cesación a cualquier supuesto en el que se alegue la vulneración de leyes tuitivas de los consumidores (*Verbraucherschutzgesetzen*). (c) Las promovidas con fundamento en la Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*-GWB): la acción de cesación se refiere a infracciones contra infracciones al derecho alemán o comunitario de la competencia (§ 33 GWB).

[33]. Aunque es frecuente referirse a acciones de daños (*Schadensersatzansprüche*), se trata propiamente de una acción, prevista en el § 10 UWG, cuyo objeto es exigir al infractor del derecho de la competencia el retorno de las ganancias o beneficios obtenidos mediante el acto antijurídico (*Gewinnausschöpfungsklage*) cuando dichas ganancias provengan de daños dispersos pero bagatelarios (*Streuschäden*) cuya reclamación por parte de los perjudicados individuales, a causa de su escasa entidad, resulte descartable o improbable. La cantidad objeto de la eventual condena no se reembolsa a los perjudicados, sino que se ingresa en las arcas de la federación. La acción posee, pues, un marcado carácter disuasorio (*Abschreckungswirkung*), no resarcitorio. El § 34a GWB (ley contra las restricciones a la competencia) también prevé una acción semejante a la ahora comentada del § 10 UWG (se denomina *Vorteilsabschöpfung durch Verbände*), para el supuesto de que los daños no se hagan valer por los perjudicados individuales.

donde los damnificados individuales pueden obtener una concreta compensación, sino en un proceso individual al que el colectivo sirve como antecedente vinculante. Esta modalidad de tutela colectiva (el proceso modelo) se introdujo por primera vez en 2005[34] en relación con acciones de daños causados por informaciones falsas en los mercados de capital (*Kapitalanleger Musterverfahren*). Y volvió a utilizarse, esta vez, con una regulación diferente y abierta a reclamaciones de consumidores en general en 2018 mediante una reforma de la ley procesal civil (*Musterfeststellungsklage*, *Musterfeststellungsverfahren*). Este es el cauce por el que se está ventilando gran parte de la litigiosidad contra VW, razón por la que más adelante le prestaremos una especial atención.

4.2. Visión panorámica de los procedimientos y acciones judiciales ejercitadas contra Volkswagen en Alemania.

Aunque el escándalo del software manipulador se destapó en los EE. UU. y la legislación europea en materia de control de emisiones resultase considerablemente más laxa que la norteamericana, la indignación de los usuarios y el inicio de las acciones judiciales no se hizo esperar tampoco en Alemania, sin duda con el incentivo que suponían los triunfos judiciales cosechados contra VW al otro lado del océano. En realidad, la reacción se extendió, como es comprensible, a todos los países del mundo en los que VW había vendido los vehículos afectados, pero el impacto del fraude resultó en Alemania, como no podía ser menos, especialmente fuerte por diversas razones. En primer lugar, por tratarse de una compañía con sede en Alemania y no una compañía cualquiera, sino una de las empresas que más poderosamente contribuían a prestigiar la marca *made in Germany* asociándole el prestigio y renombre que la tecnología y la industria alemana gozan en el mundo. En segundo lugar, por tratarse de una compañía accionarialmente dominada por el *Land* de la Baja Sajonia y especialmente ligada al mismo como su principal empleador. Y en tercer lugar y sobre todo, porque Alemania es el principal mercado de la compañía y porque se calcula que en el país hay unos 2,4 millones de vehículos afectados por el escándalo[35].

En cualquier caso, el varapalo judicial en los EE. UU. no supuso un beneficio inmediato para los damnificados alemanes. Si, como se vio, VW mostró en los EE. UU. una actitud obstruccionista y poco inclinada a cooperar, el modo de proceder respecto de los usuarios de su propio país resultó asimismo decepcionante. En vez de avanzarse a los acontecimientos y ofrecer modos de compensación a quienes habían padecido el fraude, prefirió afrontar la avalancha de acciones judiciales y oponerse tenazmente a las reclamaciones, confiando probablemente en alcanzar un acuerdo final que le resultase más favorable.

Entre tanto, la litigiosidad contra VW en Alemania ha ido alcanzado unas proporciones descomunales. Por lo que a los procedimientos civiles respecta, cabe distinguir tres bloques principales, que exponemos a continuación.

1) Por una parte, el 1 de noviembre de 2018 se inició un procedimiento modelo (*Musterfeststellungsverfahren*), es decir una acción colectiva en sentido estricto, ante el Tribunal

[34]. *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG* (literalmente: Ley sobre el proceso modelo de inversores de capital). La ley ha sido modificada en 2012 y en 2019.
[35]. HEESE (2019, p.429). En todo el mundo, el número de vehículos afectados ascendería a unos 11 millones.

Superior (*Oberlandesgericht*) de la Baja Sajonia (con sede en la ciudad de Braunschweig) al que se han adherido más de 400.000 usuarios. Fue instado por la organización de consumidores de nivel federal que agrupa al resto de organizaciones de los Estados, la vzbv (*Verbraucherzentrale Bundesverband*) juntamente con la asociación alemana del automóvil ADAC (por cierto, la asociación de dicha clase más importante de Europa). Las sesiones de la vista oral se desarrollaron a partir del 30 de septiembre de 2019.

El 28 de febrero de 2020, los demandantes y VW anunciaron haber alcanzado una transacción extrajudicial mediante la cual los primeros se comprometían a desistir del proceso a cambio de que VW dirigiese a una parte de los consumidores adheridos una determinada oferta indemnizatoria, que éstos podrían aceptar hasta el 20 de abril de 2020[36]. La razón de fijar este plazo es que el 5 de mayo siguiente estaba señalada ante el Tribunal Supremo alemán la vista del primer recurso relacionado con el Dieselgate. Presumiblemente, VW deseaba evitar sorpresas desagradables (o tal vez fundadas previsiones desfavorables que se han hecho efectivamente realidad) y ofrecía a los consumidores, a cambio de abandonar sus expectativas de un mejor desenlace, el pago de cierta suma, que les sería abonada dentro del plazo de las 12 semanas siguientes. A cambio, los consumidores habían de renunciar a las acciones que pudiesen tener contra VW u otras empresas del grupo, con excepción de aquellas que les pudiesen corresponder si las autoridades medioambientales retirasen en el futuro la autorización administrativa para que circulasen en carretera sus vehículos.

El acuerdo beneficiaba sólo a quienes hubiesen adquirido su vehículo hasta el 31 de diciembre 2015, fecha a partir de la cual cabría considerar -se trata de una cuestión controvertida- que la compañía habría informado públicamente de la situación de los vehículos diésel concernidos. De hecho, existe ya un cierto número de pronunciamientos judiciales que desestiman las reclamaciones por vehículos adquiridos tras aquella fecha. También quedaban excluidos del acuerdo los adquirentes de vehículos que en la fecha de la adquisición no tuviesen su domicilio en Alemania. En fin, de los más de 400.000 consumidores que se adhirieron al proceso modelo podían acogerse al acuerdo unos 260.000.

Los consumidores que podían beneficiarse de la transacción recibirían una compensación entre 1350 y 6257 €, según el tipo de vehículo y la fecha de su adquisición. Se estima que VW debería abonar unos 830 millones euros en el caso de que la oferta fuese aceptada por los consumidores concernidos. En todo caso, los consumidores que se adhirieron al proceso modelo al que la transacción pone fin podrán ejercitar sus acciones individuales contra VW si no están incluidos en el ámbito subjetivo del acuerdo o si, estándolo, lo rechazan. El plazo de prescripción de dichas acciones quedó en suspenso desde que se inició el proceso modelo (§ 204.1.1a BGB).

2) Según los datos hechos públicos por la organización que agrupa a las compañías aseguradoras alemanas (*Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft*), hacia finales de 2018, unos 144.000 compradores de vehículos habían hecho uso de su seguro de asistencia jurídica en relación con reclamaciones dirigidas contra fabricantes de coches y concesionarios

[36]. Puede obtenerse una completa información sobre la transacción en la página web de la *Verbraucherzentrale Bundesverband* (vzbv): https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/vergleich-zwischen-vzbv-und-volkswagen-steht-wie-es-jetzt-weitergeht-29738

que ascendían a unos 3300 millones de euros. Se trata de un dato que permite realizar una estimación aproximativa pero muy cercana a la realidad del número de reclamaciones individuales presentadas contra VW en los tribunales de los *Länder*[37]. En cualquier caso, son muy numerosas las sentencias recaídas en los tribunales de instancia resolviendo sobre reclamaciones individuales, la mayoría en sentido estimatorio.

3) Además, muchos usuarios han acudido al mecanismo de la cesión fiduciaria de acciones (*Inkassozession*) para obtener una satisfacción por los daños sufridos. Mediante este mecanismo, al que prestaremos atención más adelante, empresas como *Financialright GmbH* ejercitó acumuladamente las acciones derivadas de los derechos cedidos por 45.000 compradores de vehículos diésel. Otra empresa especializada, *myRight*, juntamente con un despacho de abogados norteamericano (*Hausfeld*), se convirtieron, a través de una plataforma electrónica, en los cesionarios de unos 40.000 afectados[38].

Ha sido precisamente una demanda promovida por la referida plataforma *myRight*, que trae causa de la compra de un vehículo del modelo VW *Sharan*, la que ha desembocado, tras recorrer las correspondientes instancias judiciales previas, en un pronunciamiento del Tribunal Supremo alemán, fechado en el pasado 25 de mayo de 2020[39], en el que se confirma la sentencia condenatoria dictada contra VW en segunda instancia[40], y mediante el que se ha dado respuesta a las principales cuestiones de fondo sobre la responsabilidad de la empresa automovilística en el asunto que nos ocupa, creando así el precedente judicial de cuyo efecto clarificador pueden beneficiarse el resto de asuntos pendientes ante los tribunales.

A continuación, paso a ocuparme de los aspectos más relevantes de modalidades de litigación en relación con el asunto del fraude de los motores diésel.

4.3. El proceso modelo (*Musterfeststellungsverfahren*) contra Volkswagen.

a) Aspectos esenciales del proceso modelo en materia de consumo regulado en los §§ 606 a 614 ZPO.

El 1 de noviembre de 2018 entró en vigor el proceso modelo en materia de consumo que ha sido empleado para exigir responsabilidad a VW y que se ubicó en los §§ 606 a 614 ZPO. De hecho, se trata de una ley impulsada por las autoridades alemanas para dar una respuesta al clamor de los afectados por el escándalo de los vehículos diésel manipulados, razón por la que se ha hecho común referirse a ella como *Lex Volkswagen*[41].

---

[37]. HEESE (2019, p.431). Otro dato significativo al respecto es que, según la editorial Juve, la facturación de las 50 firmas de abogados más grandes de Alemania aumentó en 2019 un promedio de 9.9 % en comparación con el año anterior. La facturación de las firmas de abogados que intervienen en el asunto de VW aumentó en un promedio de 14.2 %. Cfr. Diario *Die Welt*, *Der Fall Volkswagen füllt die Kassen der großen Kanzleien*, https://www.welt.de/wirtschaft/article205403887/Volkswagen-Dieselskandal-treibt-Umsaetze-der-Wirtschaftsanwaelte-an.html?wtrid=onsite.onsite, 28 de enero de 2020. De hecho, 18 de los 50 despachos de abogados más grandes de Alemania intervienen en el asunto VW.

[38]. https://www.test.de/Abgasmanipulation-bei-VW-US-Kanzlei-startet-deutsche-Sammelklage-4982816-0/#id5386926. La noticia está datada a 30 de agosto de 2019.

[39]. VI ZR 252/19.

[40]. Dictada por el *Oberlandesgericht* de Coblenza, sentencia de 12 de junio de 2019 (5 U 1318/18).

[41]. Así, por ejemplo, STADLER (2018, p. 793).

Como se dijo líneas más atrás, el legislador alemán es fuertemente reacio a establecer una verdadera legitimación colectiva en relación con la exacción de daños individuales masivos y muestra una abierta e indisimulada aversión a cualquier a cualquier innovación que se asemeje a las *class actions* norteamericanas, sin duda temeroso de que se desarrolle en Alemania una industria del litigio (*Klageindustrie*) que traslade a su territorio los abusos tan frecuentemente denunciados en EE. UU. Temor al que tampoco resulta precisamente extraño el afán de proteger a la propia industria nacional.

La máxima concesión que el ordenamiento alemán ha realizado en este campo es precisamente la introducción de este proceso modelo (*Musterfestellungsklage* o también *Musterfeststellungsverfahren*). A través de este cauce procesal, ciertas entidades especialmente cualificadas pueden solicitar la declaración de que concurren o no los presupuestos fácticos o jurídicos necesarios para el éxito de ciertas pretensiones (o la existencia de una relación jurídica) entre los miembros de un grupo de consumidores y una empresa[42]. La clarificación de la concurrencia de dichos presupuestos fácticos o jurídicos es lo que el legislador denomina *Feststellungsziele*, lo que con una traducción libre podríamos denominar "objetivos de la declaración" o, quizá mejor, "puntos objeto de clarificación". Por lo demás, basta con acreditar para que se admita la petición inicial que las pretensiones o las relaciones jurídicas de 10 o más consumidores dependen de la clarificación de dichos puntos [§ 606 (2) 2 ZPO]. Una vez realizado el anuncio oficial haciendo pública la petición de proceso modelo, se inicia un periodo que dura hasta el inicio de la primera comparecencia[43] en el que pueden adherirse al proceso consumidores individuales inscribiéndose en el registro de acciones modelo (*Klageregister*) [§ 608 (1) ZPO]. Para que el proceso modelo pueda tramitarse, es preciso que en los dos meses siguientes al anuncio público de la petición de incoación de proceso modelo se adhieran al mismo 50 consumidores inscribiéndose en el referido registro [§ 606 (3) 3 ZPO].

Los §§ 32c ZPO y 119 (3) GVG otorgan competencia exclusiva para conocer del procedimiento modelo al tribunal superior del *Land* (*Oberlandesgericht*) en cuyo territorio tenga su domicilio el demandado.

Desde que se inicia la pendencia del proceso modelo con la oportuna petición, no pueden admitirse ya contra el demandado otras acciones modelo cuyo objeto coincida con la materia y con los mismo puntos objeto de clarificación (*Feststellungsziele*) [§ 610 (1) ZPO]. Asimismo, durante la pendencia del proceso modelo tampoco cabrá que los consumidores adheridos formulen contra el empresario acciones individuales relativas a la materia o a los mismo puntos objeto de clarificación que son objeto del proceso modelo [§ 610 (3) ZPO].

Como se habrá observado, las partes procesales en el proceso modelo son la entidad cualificada que lo promovió y el empresario demandado. Los consumidores que se adhieren mediante la

---

[42]. § 606 (1) ZPO: *Mit der Musterfeststellungsklage können qualifizierte Einrichtungen die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehren*.

[43]. *Früher erste Termin* (§ 275 ZPO). Se trata de una comparecencia preparatoria, que guarda cierta semejanza con la audiencia previa al juicio de los arts. 414 y ss. LEC.

inscripción en el registro correspondiente no poseen dicha condición y ni siquiera pueden personarse en el proceso como intervinientes [§ 610 (6) ZPO].

El legislador ha contemplado la posibilidad de que las partes concluyan una transacción, a la que somete a ciertas reglas (§ 611 ZPO). En primer lugar, el apartado segundo del precepto especifica el contenido que necesariamente ha de tener el arreglo y señala, concretamente, que debe especificar las prestaciones que se acuerden a favor de los consumidores adheridos, el modo en que dichos consumidores han de acreditar la condición de beneficiarios de dicha prestación, en qué condiciones decaen las referidas prestaciones, así como el modo de distribución de las costas entre las partes.

La transacción debe ser aprobada por el tribunal, cosa que hará cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, la considere un modo razonable de pacificar la controversia o de afrontar la incerteza sobre las pretensiones o la relación jurídica litigiosa[44]. Para que la transacción aprobada judicialmente resulte eficaz es preciso que no ejerciten su derecho a separarse de ella el 30% o más de los consumidores adheridos, que disponen del plazo de un mes desde que se les notifica la aprobación judicial para manifestarse en dicho sentido. Una vez que la transacción deviene eficaz por no haberse llegado o superado el referido porcentaje de consumidores disconformes, lo dispuesto en ella surte efectos tanto a favor como en contra de los consumidores adheridos que no ejercitaron su derecho a separarse del arreglo.

En el su apartado 6º, el referido § 611 ZPO establece también que no cabe concluir una transacción antes de la comparecencia equivalente a nuestra audiencia previa al juicio. Se trata de evitar que pueda concluirse una transacción cuando aún no se han clarificado mínimamente los términos o perfiles de la controversia, lo que podría resultar beneficioso para los intereses particulares de los abogados y del demandado e incluso de un tribunal sobrecargado de trabajo, pero perjudicial para los consumidores, pues dicha clarificación inicial podría arrojar prometedoras esperanzas de una sentencia más beneficiosa que una transacción que, por lo demás, sería muy difícil concluir de modo razonable faltando dicha clarificación. Pero, sobre todo, si se tiene en cuenta que los consumidores pueden adherirse al procedimiento hasta el inicio de dicha comparecencia inicial preparatoria, concluir una transacción con anterioridad a la misma podría implicar privar a algunos consumidores de participar en ella.

El § 613 (1) ZPO dispone que la sentencia recaída en el proceso modelo vincula a los tribunales de otros procesos que hayan de pronunciarse sobre una controversia entre el consumidor que se adhirió al procedimiento y el empresario en la medida en que la decisión en este posterior litigio esté relacionada con los puntos objeto de clarificación (*Feststellungsziele*) establecidos en la sentencia del proceso modelo, siempre, claro está, que el consumidor no se hubiese apartado del procedimiento[45].

---

[44]. § 611 (3) ZPO: (…) *Das Gericht genehmigt den Vergleich, wenn es ihn unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes als angemessene gütliche Beilegung des Streits oder der Ungewissheit über die angemeldeten Ansprüche oder Rechtsverhältnisse erachtet* (…).

[45]. § 613 (1) ZPO: *Das rechtskräftige Musterfeststellungsurteil bindet das zur Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem angemeldeten Verbraucher und dem Beklagten berufene Gericht, soweit dessen Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft. Dies gilt nicht, wenn der angemeldete Verbraucher seine Anmeldung wirksam zurückgenommen hat.*

b) Inconvenientes del proceso modelo para procurar adecuadamente la satisfacción de los perjudicados puestos de manifiesto en el Dieselgate.

Lejos de concitar simpatías, la técnica del proceso modelo para articular reclamaciones masivas, y concretamente el modo en el que se ha plasmado en los §§ 606 y ss. ZPO, está siendo en Alemania objeto de considerable crítica. Varios son los inconvenientes que se achacan a dicha técnica, como ha puesto de manifiesto en el asunto de los vehículos diésel VW.

- En primer lugar, la principal falta de atractivo del proceso modelo radica en que no proporciona una satisfacción directa a los perjudicados ya que, pese a no haber de litigar nuevamente sobre las cuestiones fácticas o jurídicas clarificadas por la sentencia recaída en el proceso modelo, precisan aún acudir a un proceso declarativo individual para hacer valer su derecho, lo que implica una molestia o inconveniente que, razonablemente o no, muchos consumidores no están dispuestos o no están en condiciones de afrontar[46]. Acudir a la cesión fiduciaria del derecho a la indemnización, en los términos que más tarde se expondrán, puede resultar, en este sentido, mucho más atractivo. Aunque implica probablemente cobrar menos, asegura con mayor efectividad el cobro de una parte de la indemnización idealmente adecuada sin mayores engorros y en un tiempo previsiblemente mucho más reducido.

- En cualquier caso, parece que el proceso modelo tampoco permite cumplir de un modo satisfactorio la función de descargar o aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Éstos, en efecto, no podrán ahorrarse la lluvia de acciones individuales subsiguientes a una sentencia estimatoria del proceso modelo. Es posible que el legislador confiase en que la empresa demandada trataría con frecuencia de alcanzar un acuerdo transaccional para poner fin a la controversia. No sin fundamento, sin embargo, se ha defendido que faltan los incentivos necesarios para motivar a los demandados a actuar en esa dirección[47]. Si la transacción no confiere un título ejecutivo, sino que únicamente habilita a sus beneficiarios a acudir a un proceso declarativo para obtener la satisfacción individual de sus derechos, la empresa carece de incentivos poderosos para intentar dicha transacción. Le compensa aguardar a su eventual condena. Entonces comprobará qué número exacto de consumidores pretenden demandarla sobre la base de los puntos clarificados por la sentencia recaída en el proceso modelo. Quizá entonces estará interesada en algún tipo de transacción o acuerdo. En ese caso, sin embargo, los consumidores individuales estarían solos, puesto que habría expirado el mandato de las entidades que promovieron el proceso modelo y habrían perdido toda facultad para intervenir en las actuaciones.

Stadler critica, en este sentido, que el legislador no haya seguido el ejemplo de la legislación holandesa, como sí han hecho países como Francia, Inglaterra/Gales, Bélgica o Eslovaquia, permitiendo una transacción colectiva extrajudicial[48]. Pese a la falta de previsión legal en dicho sentido, sin embargo, en el caso que nos ocupa VW y las entidades de consumidores que promovieron el proceso han alcanzado, como se vio, un acuerdo extrajudicial mediante el que

---

[46]. En este sentido, HEESE (2019, pp.433 y ss.) y STADLER (2018, p.795).

[47]. En este sentido, STADLER (2018, pp.799 y 800) y HEESE (2019, p.436).

[48]. STADLER (2018, pp.799 y 800) y HEESE (2019, p.436).

la compañía ha realizado a cada afectado ofertas individuales, expresando las cantidades que está dispuesta a satisfacer como indemnización y concretando, además, una fecha de pago para el caso de aceptación. De este modo, los consumidores han podido obtener un reconocimiento de su derecho a la indemnización.

- En el caso VW también se ha criticado la conveniencia del foro legal [§§ 32c ZPO y 119 (3) GVG] que atribuye la competencia territorial para conocer del proceso modelo a los tribunales superiores del *Land* (*Oberlandesgerichte,* OLG) donde radique la sede de la empresa demandada. En el caso de VW, el *Land* de la Baja Sajonia posee un decisivo control accionarial sobre la empresa, que, a su vez, como se dijo, es el principal empleador del Estado federal, hasta el punto de que una eventual catástrofe de aquella podría redundar en una verdadera debacle económica de la región[49]. El hecho de que el Tribunal Superior de la Baja Sajonia, con sede en la ciudad de Braunschweig, se haya pronunciado a favor de VW en varias reclamaciones individuales manteniendo un criterio claramente diferente del sustentado por la inmensa parte de los tribunales superiores del país, no contribuye a disipar las dudas sobre la idoneidad de dicho tribunal para resolver sobre el proceso modelo contra VW[50].

- Por otra parte, también ha sido objeto de crítica el hecho de que, para adherirse al proceso modelo y beneficiarse de sus efectos sea preciso poseer la condición de consumidor[51]. De este modo, por ejemplo, pequeños empresarios o trabajadores autónomos que habían adquirido o tomado en leasing vehículos diésel de VW para desarrollar su negocio se ven privados de obtener la tutela de sus derechos en las mismas condiciones que los consumidores cuando la situación de desprotección en que se hallan frente a la gran empresa es similar o idéntica a la de la mayor parte de los consumidores.

- En otro orden de cosas, las condiciones impuestas por la ley para que una entidad quede legitimada para promover un proceso modelo se han considerado excesivamente exigentes o elevadas[52] y aunque en el caso del asunto de VW fueron ampliamente satisfechas, también es cierto que se reduce de modo muy drástico el espectro de posibles actores o incluso de la creación de entidades dotadas de suficiente solidez o solvencia técnica y económica para afrontar el proceso, tal vez promovidas o participadas por los propios afectados[53].

4.4. La articulación procesal de reclamaciones individuales masivas a través de la cesión fiduciaria de derechos (*Inkassozession*).

Un modo de articular procesalmente reclamaciones masivas de damnificados particulares sin acudir a mecanismos de tutela colectiva propiamente dicha consiste en que los afectados cedan sus derechos a cobrar la indemnización a una entidad especializada a cambio de un precio

---

[49]. HEESE (2018, p.434).

[50]. Ibidem.

[51]. En este sentido STADLER (2018, p.799) y HEESE (2019, pp.434 y 435).

[52]. Por ejemplo, el § 606 (1) ZPO exige, entre otros aspectos, que formen parte de la entidad como miembros al menos 10 asociaciones pertenecientes al ramo o ámbito de que se trate y que lleve cuatro años inscrita en el registro de entidades legitimadas para interponer acciones de cesación (Reglamento UE 2009/22, de 23 de abril).

[53]. En este sentido también, HEESE (2018, pp.434 y ss.) y STADLER (2018, p.801).

basado en un porcentaje de la cantidad reconocida tras un eventual desenlace exitoso del proceso. Un ingente número de las reclamaciones contra VW en Alemania se están canalizando a través de esta técnica[54]. La aplicación de *Legal Tech*, es decir, el uso de tecnologías de la información diseñadas exprofeso para el ámbito jurídico (sobre todo ciertos softwares especiales), pueden facilitar enormemente la cesión en los términos descritos de un número de créditos ingente y canalizar de modo rentable y eficaz reclamaciones masivas. La entidad habría calibrado las expectativas procesales de éxito y concluido que cabía obtener el correspondiente beneficio económico, aunque probablemente los cedentes individuales acabarían recuperando una parte considerablemente limitada de su crédito.

Stadler explica cómo en Alemania la defectuosa regulación en materia de acciones colectivas ha llevado a la proliferación de un mercado de empresas especializadas en la exacción de derechos ajenos siguiendo dicho modelo (*Rechtsverfolgungsgesellschaften, Inkassogesellschaften*), tales como *Cartel Damage Claims*, *myRight*, *Flightright* o *Financialright GmbH* cuyo modelo de negocio de basa en la cesión (*Abtretung*) de la titularidad de los créditos individuales de una pluralidad de consumidores con vistas a su reclamación judicial por parte de la entidad cedataria (*Inkassozession*). Se trata de un negocio fiduciario en virtud del cual los cedentes pierden la titularidad del crédito o prestación en sentido jurídico, pero la mantienen en el sentido económico, ya que el cedatario se compromete a devolver la suma obtenida una vez descontado el porcentaje estipulado con el cedente. De este modo se ha ido abriendo camino una remuneración dependiente del éxito procesal (*erfolgsabhängige Entlohnung*), eludiendo la prohibición de pactar los honorarios según el resultado del pleito (pacto de *quota litis*), ya que dicha interdicción afecta sólo a los honorarios de los abogados, pero no a las sociedades que pactan el precio de la cesión del crédito y que en muchas ocasiones están constituidas y son gestionadas precisamente por abogados. Además, es frecuente que el cliente pague entre el 25 y el 30% de la suma recuperada de su crédito, y, por si fuera poco, a raíz de cierta jurisprudencia reciente en materia de cesiones de crédito para su exacción procesal, la entidad cedataria que promueve el proceso como actora se ve obligada a prestar una caución para afrontar la eventual condena en costas (*Prozesskostensicherheit*) de todas las instancias en caso de desestimación de sus pretensiones[55].

Mientras no se regule adecuadamente un verdadero sistema de tutela judicial colectiva, sin embargo, la cesión fiduciaria en los términos descritos se está demostrando en la práctica como un sucedáneo o alternativa atractiva para percibir cuando menos una cierta satisfacción de los daños[56].

Como ya se dijo, en el asunto contra VW que nos ocupa, el mecanismo de la cesión fiduciaria de acciones para obtener una satisfacción por los daños sufridos ha cosechado un éxito más que notable. Más en concreto, como también se refirió más arriba, mediante este mecanismo empresas como *Financialright GmbH* o *myRight* se convirtieron, a través de sus plataformas electrónicas, en los cesionarios de miles de afectados (véase 4.2. anterior).

---

[54]. Sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán y el Tribunal Constitucional de dicho país afirmando la constitucionalidad y legalidad de la actividad desarrollada por dichas empresas especializadas en la exacción de créditos cedidos fiduciariamente para su reclamación (*Inkassozession*), véase el trabajo de STADLER (2020, pp.321 y ss.).
[55]. STADLER (2018, p. 799 y 2014, pp.613 y ss).
[56]. STADLER (2020, p.325).

4.5. Un discutible modo de proceder: la publicación de "resoluciones judiciales indicativas" (*Hinweisbeschlüsse*) como medio de sentar criterios jurídicos uniformes cuando el desistimiento de los recursos impide la formación de un verdadero precedente jurisprudencial.

En Alemania, como en España, la jurisprudencia emanada de los altos tribunales y especialmente del Tribunal Supremo, no genera efectos vinculantes respecto de los tribunales infraordenados. De facto, sin embargo, el criterio jurisprudencial sentado por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria es habitualmente respetado y seguido por los órganos judiciales de los escalones inferiores y posee, por lo tanto, una indudable utilidad para proporcionar seguridad jurídica y certeza en el desarrollo de las relaciones jurídicas.

En el Dieselgate, la resolución sobre el fondo del asunto exigía tomar posición sobre cuestiones de cierta complejidad cruciales para resolver sobre la responsabilidad civil de VW, así como sobre la extensión de ésta[57]. La falta de un criterio jurisprudencial uniforme al respecto ha representado un factor de primer orden para disuadir a muchos consumidores de ejercitar acciones individuales, aunque es verdad que adherirse al proceso modelo es totalmente gratuito y que muchos de los afectados son titulares de seguros asistencia jurídica que cubren los gastos derivados de una reclamación judicial. Pero, sobre todo, hay que observar que la falta de un criterio jurisprudencial uniforme reviste en los casos de la litigación masiva como el presente especial gravedad, pues la fragmentación o diversidad de respuestas judiciales ante hechos idénticos o muy similares puede alcanzar unas dimensiones completamente intolerables.

El caso es que respecto de muchas cuestiones jurídicas de fondo concernidas en el Dieselgate el anhelado criterio jurisprudencial unificador, propiciado por la referida sentencia del Tribunal Supremo alemán de 25 de mayo de 2020, ha tardado un tiempo considerable en ver la luz. Y es que el proceso modelo, por su complejidad, no es un cauce idóneo para posibilitar un pronunciamiento casacional dentro de un horizonte temporal razonable. Y por lo que respecta a los procesos individuales culminados con sentencias susceptibles de casación, VW ha conseguido durante un dilatado periodo de tiempo evitar un pronunciamiento jurisprudencial de la más alta judicatura federal alcanzando transacciones con los interesados y provocando así el consiguiente desistimiento y abandono de los recursos, hasta que el asunto promovido por *myRight* consiguió superar la barrera de la admisión del recurso y desembocar en un pronunciamiento sobre el fondo. Lo más probable es que el recurso se interpusiese estratégicamente para provocar la emisión de un parecer jurisprudencial favorable y así hacer prosperar los miles de reclamaciones individuales agrupadas y promovidas conjuntamente por la referida empresa de servicios jurídicos. Como se ha visto, la inminencia de dicho pronunciamiento ha servido también para acelerar una negociación y la obtención de una transacción extrajudicial en el procedimiento modelo.

El caso es que el Tribunal Supremo, ansioso por expresar su autorizado criterio y dispersar así la bruma de la incertidumbre jurídica, antes de dictar la sentencia de 25 de mayo de 2020, tomó decididamente la delantera acudiendo a un mecanismo tan novedoso e insólito como de dudosa corrección jurídica y discutible conveniencia. Se trata de la publicación de una resolución

[57]. Un interesante repaso de dichas cuestiones y del estado de la jurisprudencia que va produciéndose en los procesos seguidos contra VW, puede encontrarse en HEESE (2020, pp.178 y ss.).

interlocutoria dictada con base en las facultades judiciales de ordenación material del proceso previstas en la ZPO. Trataré de explicarlo brevemente.

El § 139 ZPO establece una responsabilidad conjunta del tribunal y de las partes en la clarificación o delimitación de los términos fácticos y jurídicos de la controversia, lo que vale tanto para la primera instancia como para los recursos. El tribunal, lejos de observar una actitud pasiva, debe implicarse activamente en aclarar los términos -por lo que aquí interesa- jurídicos de la controversia, formulando preguntas a las partes, pidiéndoles aclaraciones o discutiendo con ellas el planteamiento de las cuestiones jurídicas de fondo con el objeto de perfilar o concretar los términos del debate. Amparado en esta facultad de ordenación material del proceso, el Tribunal Supremo alemán en ocasiones dirige a las partes indicaciones mediante resoluciones interlocutorias (lo que en libre traducción podríamos denominar "resoluciones indicativas" o "autos de indicación": *Hinweisbeschlüsse*), en los que, advirtiendo de que no se trata de su criterio definitivo, se da una respuesta directa a las cuestiones jurídicas de fondo debatidas en el proceso. Asimismo, se dota a dichas resoluciones de la misma publicidad que a las sentencias, de modo que puedan llegar al conocimiento general y ser fácilmente accesibles a todo el público. En fin, esta práctica está cosechando un éxito clamoroso y se han sumado entusiásticamente a ella numerosos tribunales superiores de los *Länder*.

Concretamente, en el caso contra VW que nos ocupa en este trabajo, el Tribunal Supremo hizo pública el 8 de enero de 2019 una resolución indicativa del tipo expuesto[58], en la que expresó el parecer de la sala respecto de los puntos jurídicos controvertidos que precisaban ser clarificados para resolver las reclamaciones pendientes contra la compañía, advirtiendo siempre que se trataba de una opinión provisional[59]. Como decía antes, el ejemplo cundió, y numerosos tribunales superiores de *Länder* utilizaron también el referido cauce para dar a conocer su "parecer provisional" sobre los puntos jurídicos controvertidos en los procesos seguidos ante ellos contra VW[60].

En la doctrina no faltan voces que aplauden el referido modo de proceder del alto tribunal al considerarlo útil para contrarrestar las tácticas procesales (desistimientos bien remunerados que satisfacen con creces el interés individual del recurrente) tendentes a evitar la producción de criterios jurisprudenciales unificadores en materias de gran relevancia social[61]. Sucede, sin embargo, que mientras la necesidad de publicar las sentencias y ciertas resoluciones finales posee un claro fundamento constitucional, no sucede lo mismo respecto de otras resoluciones adoptadas por el Tribunal Supremo y menos en el caso de puras resoluciones de ordenación

[58]. BGH, Hinweisbeschluss v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17. Se puede consultar en la dirección electrónica de internet que ahora se indica: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VIII%20ZR%20225/17&nr=92892

[59]. Concretamente, la formula que utiliza el tribunal es la siguiente: "Tras un enjuiciamiento jurídico provisional, realizado con vistas a la preparación de la vista oral, de las cuestiones de Derecho previsiblemente relevantes para resolver el recurso y que no han sido tratadas de modo completo en los escritos de alegaciones, la Sala hace públicas las siguientes indicaciones..." (*Der Senat erteilt nach vorläufiger rechtlicher Beurteilung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung bezüglich der voraussichtlich entscheidungserheblichen Rechtsfragen, die in den im Revisionsverfahren eingereichten Schriftsätzen teilweise noch nicht hin- reichend behandelt worden sind, folgende Hinweise*...).

[60]. Al respecto, véase VOß (2020, p.287).

[61]. Así, por ejemplo, HEESE (2018, p.438). En el mismo sentido GSELL (2020).

procesal[62]. Por dicho motivo, algún autor aboga por una modificación legislativa que establezca claramente el deber de publicar tales resoluciones e incluso recomienda que se habilite al tribunal Supremo para pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas objeto de recurso aunque la parte recurrente desista del mismo, cuando considere que la clarificación de dichas cuestiones reviste interés general, y siempre en el bien entendido de que dicho pronunciamiento, que sólo se justificaría en casos de especial trascendencia, se limitaría a establecer un criterio jurídico general, no ceñido al caso planteado por el recurrente desistido y absteniéndose de resolver sobre la concreta controversia objeto del proceso[63].

Voß ha analizado rigurosamente la cuestión y ha expuesto de modo convincente las razones por las que aconseja abandonar el modo proceder ahora expuesto, con en el que el Tribunal Supremo y los más altos tribunales del país tratan de cumplir su función de suministrar criterios uniformes y seguros para el correcto desarrollo del tráfico jurídico cuando el acceso de los asuntos a la casación se vea impedida o retrasada por la acción operadores jurídicos que ostentan una prominente posición económica[64]. A parte de los argumentos vinculados a la regulación de la ZPO[65], en los que no se va a abundar aquí, la autora rechaza que tales pronunciamientos provisionales puedan justificarse acudiendo a la función nomofilática que el legislador atribuye a la casación, ya que es dicho legislador quien debe definir en qué términos y medida puede el Tribunal Supremo ejercer dicha función, sin que el alto tribunal pueda irrogarse la facultad de ejercerla de modo diferente[66].

Además, la exteriorización de opiniones jurídicas provisionales dirigidas a las partes para encauzar el debate en modo alguno podría resultar un modo adecuado de desarrollar la referida función nomofiláctica. No sólo por su inherente variabilidad o falta de estabilidad, sino también porque existe el riesgo de que lo provisional y variable sea considerado por los órganos jurisdiccionales inferiores como criterio consolidado y estable. Como observa la autora, la experiencia ha demostrado que los tribunales de instancia han ido asumiendo y aplicando en sus resoluciones sobre el asunto de VW los criterios expresados en los autos indicativos sin ni siquiera mencionar su provisionalidad, es decir, como si se tratase verdaderos precedentes jurisprudenciales.

Por lo demás, la publicidad y el fuerte impacto mediático que dichos enjuiciamientos provisionales podrían producir no haría sino ejercer un perverso efecto psicológico sobre el tribunal llamado a pronunciarse definitivamente obre el asunto, acaso dificultando un eventual cambio de criterio una vez finalizada la tramitación del recurso, haciendo así inútiles e ineficaces las alegaciones y argumentos de las partes (en definitiva, el ejercicio de su derecho

---

[62]. Al respecto, véase VOß (2020, pp.290 y ss.).

[63]. GSELL (2020, p. 26).

[64]. VOß (2020, pp.290 y ss.).

[65]. El § 139 ZPO no proporciona cobertura a pronunciamientos de ese tipo, sino que se limita a facultar al tribunal a advertir a las partes de la existencia de puntos de vista jurídicos que les han pasado desapercibidos, que claramente hayan considerado irrelevantes, o que el tribunal valore de modo distinto que las partes. Se trata, en definitiva, de aclarar los términos de la controversia y de permitir la aplicación de la máxima *iura novit curia* sin sorprender a las partes causándoles indefensión. Lo que no permite el precepto es avanzar el enjuiciamiento jurídico sobre el fondo del asunto. VOß (2020, p.288).

[66]. VOß (2020, p.291).

de defensa) durante la tramitación del recurso[67]. Por lo demás, la autora advierte en que algunas de las resoluciones indicativas emanadas por los tribunales de rango superior en los procesos seguidos por reclamaciones contra VW se omite incluso cualquier motivación para fundamentar el punto de vista jurídico, lo que no hace sino reafirmar la falta de idoneidad de dichas indicaciones para suplantar a la jurisprudencia en sentido estricto y cumplir la finalidad unificadora y generadora de seguridad jurídica inherente a la misma[68].

5. Observaciones comparativas y conclusiones.

Una vez expuestas las coordenadas legales en las que se enmarca la litigación masiva en los EE. UU. y en Alemania y estudiado el desarrollo de los procedimientos seguidos en ambos países en relación con los dispositivos de desactivación instalados clandestinamente en varios modelos diésel de VW estamos en condiciones de realizar ciertas observaciones y formular algunas conclusiones.

1) Si se atiende puramente a los resultados tangibles, la primera impresión que se obtiene tras estudiar el desarrollo del caso en ambos países es que el sistema de litigación colectiva en los EE. UU. parece haberse revelado más efectivo que en Alemania. Desde el inicio de las actuaciones en los EE. UU. hasta su culminación mediante los correspondientes acuerdos y transacciones han transcurrido solo tres años, en los cuales se ha ventilado casi en su integridad la litigiosidad relativa al asunto, tanto la referente a las consecuencias civiles, como la concerniente a las sancionatorias. En Alemania, sin embargo, aunque hasta la fecha han llegado a buen término numerosas reclamaciones individuales, el proceso colectivo al que se adhirieron más de 400.000 usuarios no ha finalizado sino en fecha muy reciente (febrero de 2020) con una transacción extrajudicial y el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo, con valor de precedente jurisprudencial, no ha tenido lugar hasta el pasado 25 de mayo de 2020. Si se compara con la situación en los EE. UU., la mayor demora se debe en buena parte a que hasta 2018, fecha en la que se introdujo en la ZPO un proceso modelo abierto a toda clase de reclamaciones de consumo, no existía en Alemania el cauce procesal necesario para tramitar una verdadera acción colectiva. En cualquier caso, un elevado porcentaje de los consumidores adheridos al procedimiento (casi 200.000) no ha podido acogerse a dicha transacción y habrá de probar fortuna individualmente.

Además, por mucho que se llegase a un considerable número de litigantes adheridos al proceso modelo promovido por vzbv y ADAC, y pese a los numerosos procesos individuales y varios miles de usuarios de vehículos que han cedido sus derechos fiduciariamente a ciertas entidades especializadas, se calcula que el total de vehículos afectados en Alemania ascendía a 2,4 millones[69], de suerte que el porcentaje total de eventuales beneficiarios de una compensación tras los procedimientos judiciales representa una cifra considerablemente baja respecto del total de afectados. En los EE. UU., en cambio, en virtud del sistema *opt out* de litigación colectiva que caracteriza a las *class actions*, todos los afectados que no se hayan excluido expresamente del proceso podrán acceder a los beneficios obtenidos mediante las

[67]. Voß (2020, p.292).
[68]. Voß (2020, p.293).
[69]. Heese (2018, p.429).

transacciones concluidas (elección entre la recompra del vehículo o eventual reparación, una indemnización etc.).

2) La técnica de tutela colectiva adoptada por el legislador alemán, el proceso modelo, presenta el inconveniente de abocar a los consumidores a promover un ulterior procedimiento declarativo individual para obtener su compensación. Si no se evita dicha duplicidad, difícilmente puede resultar atractivo y útil un sistema de tutela judicial colectiva y es muy probable que los consumidores acudan a sistemas que en principio no permiten prever un reconocimiento íntegro de la indemnización debida, como la cesión fiduciaria de sus créditos a una entidad especializada, instrumento que ha alcanzado muy considerable éxito en la litigiosidad contra VW en Alemania si se atiende al elevadísimo número de consumidores que han optado por él.

Las autoridades de la UE parecen ser conscientes de este escollo, común a otros ordenamientos europeos. En efecto, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre acciones de representación de 2018 apuesta claramente en su art.6.1 por un sistema en el que las entidades habilitadas ejerciten conjuntamente la acción de cesación, ejerciten conjuntamente *acciones de representación solicitando una orden de reparación, que obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cosas, indemnización, arreglo, sustitución, reducción del precio, resolución de contrato o reembolso del precio pagado, según proceda*. Además, las pretensiones individuales que pueden acumularse a la acción propiamente de cesación dicha no tendrían por qué consistir exclusivamente en la indemnización de daños.

Pero la referida propuesta de Directiva aun va más allá cuando, en el apartado 2º de su art.6 señala que sólo cabría dictar una resolución declarativa relativa a la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados, en vez de una orden de reparación, cuando, a causa de las características del perjuicio individual a los consumidores afectados, la cuantificación de la reparación individual resulte compleja. Y, en cualquier caso, dicha resolución meramente declarativa quedaría terminantemente excluida en los casos en que los consumidores hubiesen sufrido una pérdida de escasa cuantía y fuese desproporcionado distribuir la reparación y siempre que los consumidores afectados por la infracción sean determinables y hayan sufrido perjuicios comparables causados por la misma práctica en relación con un período de tiempo o una compra (art.6.2).

3) A diferencia de lo que sucede en EE. UU., donde no se hace ninguna distinción en dicho sentido, el cauce de tutela colectiva escogido por el legislador alemán, el proceso modelo, solo permite canalizar reclamaciones de consumidores.

También en el ordenamiento jurídico español, con ciertas excepciones relativas a sectores específicos[70], la tutela colectiva prácticamente sólo tiene reflejo legal en el ámbito del

[70]. Existen también ciertos casos aislados de tutela colectiva fuera del ámbito estricto del consumo: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), en cuyos arts.32 y 33 se regulan ciertas acciones para la protección de intereses supraindividuales; el art. 6.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), se remite a la regulación de la acción de cesación en la LCD; el art.59 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, legitima para ejercitar la acción declarativa de nulidad o de caducidad de la marca a cualquier persona física o jurídica o agrupación constituida legalmente para la representación de sus intereses; y el art.11 bis LEC, introducido por la disposición adicional 5.1 de la Ley

consumo[71]. Significativamente, el art.11 LEC lleva como rubrica *legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*. Por su parte, la referida limitación es asimismo seguida por la ya referida Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, de 11 de abril de 2018 (art.2).

Se trata indudablemente del ámbito en el cual dicha clase de tutela se ha revelado como más apremiante y útil. No cabe, sin embargo, descartar otros casos, como puede comprobarse en el caso contra VW que nos ocupa en este trabajo, donde pequeños empresarios y trabajadores autónomos no han podido adherirse al proceso modelo, aun siendo su necesidad de tutela completamente comparable a la del consumidor medio. En todo caso, parece que la limitación de las acciones colectivas al ámbito del consumo[72], en ocasiones con su extensión a ciertos sectores específicos[73] es la tónica general en los ordenamientos de la UE, con las pocas excepciones de unos pocos países que no prevén restricciones de carácter material[74].

Parece, sin embargo, que el planteamiento horizontal y no puramente sectorial cuenta con firmes partidarios[75] incluso en el ámbito de las instituciones europeas que, aún sin haberlo adoptado en la propuesta de directiva antes referida, lo han defendido hace algunos años, destacando que la tutela colectiva de las personas físicas o jurídicas no debe hacer distinción entre categorías específicas de derechos[76].

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece también acciones colectivas para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

[71]. En este sentido también LOPEZ SÁNCHEZ (2018, p.62 y ss.). En el mismo sentido GASCÓN INCHAUSTI (2010, p.45), quien señala que una de las grandes diferencias entre las *class-actions* norteamericanas y el régimen de las acciones colectivas en la mayoría de los países de la Europa continental reside precisamente en que en los EE. UU. este tipo de tutela no se ciñe al ámbito del consumo.

[72]. Es el caso de Rumanía y Estonia. COMISIÓN EUROPEA (2018, p.20 y 21).

[73]. Es el caso de Bélgica, Francia, Luxemburgo, España Alemania y Polonia. COMISIÓN EUROPEA (2018, p.20 y 21). Al menos en el caso de España, como se ha visto, el alcance de la tutela colectiva fuera del Derecho del consumo es francamente exigua.

[74]. Es el caso únicamente del Reino Unido de la Gran Bretaña, los Países Bajos y Austria, países en los que se recurre a mecanismos procesales no específicos (*trans-substative procedural law*) o ceñidos a sectores materiales concretos del ordenamiento. COMISIÓN EUROPEA (2018, p.22)

[75]. Se muestran abiertamente partidarios de este planteamiento los autores del estudio COMISIÓN EUROPEA (2018, pp.75 y 76).

[76]. El Parlamento Europeo había identificado la necesidad de un enfoque horizontal en materia de tutela colectiva ya en 2012, concretamente en su Resolución 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress-2011/2089 (INI). El Parlamento instó a la Comisión para que propusiese un sistema armonizado de reparación colectiva para los consumidores de la UE (2017 *Recommendation to the Council and the Commission following the inquiry into emission measurements in the automotive sector*-2016/2908 (RSP)). El marco debía incluir un conjunto común de principios, que proporcionase un acceso uniforme a la justicia a través de la reparación colectiva dentro de la Unión y específicamente, pero no exclusivamente, la violación de los derechos del consumidor. Siguiendo el mismo planteamiento horizontal, la Comisión presentó su posición en la Comunicación "Hacia un marco horizontal europeo para el recurso colectivo" y en la Recomendación sobre principios comunes para los mecanismos de recurso colectivo cautelar y compensatorio en los Estados miembros sobre las violaciones de los derechos otorgados en virtud del Derecho de la Unión el 11 de junio de 2013. Estos textos buscaban facilitar el acceso a la justicia, detener las prácticas ilegales y permitir a las partes lesionadas obtener una compensación a través de una "reparación colectiva" dentro de la Unión. Véase al respecto COMISIÓN EUROPEA (2018, pp.75 y 76).

4) En los EE. UU. ha sido posible dar al cúmulo de acciones ejercitadas contra VW una tramitación unitaria y transferirlas al mismo órgano judicial. En efecto, el expediente de la *Multidistrict Litigation* (MDL) permite reunir ante el mismo órgano judicial todas las acciones planteadas -tanto individuales como colectivas- a los efectos de su tramitación únicamente por lo que se refiere a los estadios preparatorios del juicio (*pretrial proceedings*, *discovery*). Los mayores incentivos ofrecidos por el derecho norteamericano para alcanzar un acuerdo transaccional (sobre todo por el hecho de no precisarse un ulterior proceso declarativo individual, como en Alemania, para obtener un título ejecutivo) permiten albergar esperanzas, no defraudadas en la práctica, de un final consensuado de la controversia, de modo que no resulte preciso acudir a la fase de juicio ante el órgano judicial ante el que se planteó el proceso y que quepa resolver sobre todas las pretensiones ejercitadas de modo conjunto. Por el contrario, en el caso alemán, las reclamaciones contra VW (colectivas, individuales y las promovidas por entidades cesionarias) se tramitan en muy diferentes foros del país y pueden, como de hecho así ha sucedido, tener respuestas diferentes basadas en interpretaciones legales también diferentes, al menos hasta que el Tribunal Supremo alemán, después de no pocos años, ha resuelto en fecha reciente sobre las cuestiones de fondo concernidas en el asunto.

El tratamiento unitario posibilitado gracias al expediente del MDL se extiende asimismo a los pronunciamientos sobre las sanciones previstas por las leyes administrativas. Ello es posible por que en los EE. UU. no existe una división entre diferentes ordenes jurisdiccionales ni una potestad administrativa sancionadora y una jurisdicción contencioso-administrativa competente para controlar la observancia de la legalidad en el ejercicio de dicha potestad. Los tribunales civiles americanos son generalistas y conocen, mediante el procedimiento asimismo civil, tanto de los aspectos indemnizatorios como de los sancionatorios, y dentro de los primeros, tanto de las indemnizaciones reclamadas por particulares como de las destinadas a restaurar el interés público.

La tramitación conjunta o coordinada ante el mismo órgano judicial favorece asimismo concluir acuerdos transaccionales, puesto que la parte demandada puede calcular y sopesar mejor la extensión o alcance total de la responsabilidad que afronta y los beneficios de un arreglo consensuado, cosa que le resultaría mucho más difícil cuando ha de enfrentarse a reclamaciones dispersas.

Está claro que tan deseable tratamiento unitario no es posible en Europa y, concretamente, en Alemania y en España, donde sí existe dicha potestad sancionadora administrativa y una férrea división entre órdenes o ramas de la jurisdicción ordinaria. Aunque ello suponga tocar muy asentados principios e instituciones del ordenamiento, merece la pena plantearse la posibilidad de permitir dicho tratamiento unitario también en los sistemas jurídicos de esta parte del Atlántico.

Pese a cuanto llevamos dicho, no pueden pasar desapercibidas las fuertes y merecidas críticas que el cauce del MDL ha recibido en los EE. UU. Su uso ha venido a arrumbar en buena parte el recurso a las tradicionales *class actions*, hasta el punto de que en ocasiones se habla de los MDL como auténticas *quasi-class actions*[77]. En efecto, el letrado al que el Juez que tramita el MDL

[77]. Cfr. Véase al respecto, con mayor extensión, MULLENIX (2011, pp. 389 y ss. y 2013, pp.511 y ss). De modo más sintético, FREER (2017, p. 884).

encomienda la coordinación de las partes actoras (*lead counsel*) asume un protagonismo tan fuerte en la dirección del asunto y, concretamente, en las negociaciones para alcanzar una transacción final, que la relación entre dicho letrado y el resto de los actores acaba asemejándose mucho a la relación entre el abogado que representa a la *class action* y los miembros de la clase, y no es infrecuente que abuse y se prevalga de dicha posición privilegiada[78].

Pese a la semejanza con las *class actions*, sin embargo, la transacción alcanzada en un MDL no está sujeta a aprobación judicial, a no ser claro está, que dentro del MDL se hubiese ejercitado también alguna *class action*, pues en ese caso sí que resultaría precisa la aprobación judicial para vincular a los miembros de la clase. Como señala Mullenix con preocupación, la tendencia a agregar procedimientos por el sistema del MDL y la proliferación de transacciones masivas de carácter puramente contractual -es decir, no aprobadas judicialmente- concluidas en los mismos (*contractual aggregate nonclass settlements*) deben provocar alarma porque, al eludir los requisitos legales a los que está sujeta la transacción para poner fin a una *class action*, dichos mecanismos ponen la resolución de la controversia en manos de actores que actúan en interés propio y esquivan en gran medida el control judicial y la supervisión sobre la ejecución del acuerdo, de modo que las garantías del debido proceso, cuidadosamente articuladas e incorporadas durante décadas a través de la jurisprudencia sobre las *class actions* van evaporándose en detrimento de los demandantes, a quienes dichas garantías estaban llamadas a proteger[79].

Es inevitable observar el paralelismo existente entre la transacción extrajudicial concluida en el proceso modelo contra VW en Alemania y las referidas *contractual aggregate nonclass settlements* o transacciones concluidas al margen de la aprobación judicial en EE. UU. En efecto, es significativo que la conclusión de los procesos en ambos países de haya caracterizado por la ausencia de control judicial. De este modo, se constata, tanto en la práctica forense de los EE. UU. como en la alemana, el alejamiento de una garantía que venía siendo considerada crucial en los sistemas de litigación colectiva, encaminada a proteger a los consumidores frente a eventuales prácticas abogaciles poco éticas dirigidas a obtener un desmedido beneficio propio en detrimento de la masa de sus patrocinados. Por dicha razón, es preciso prestar atención a la evolución futura de la litigación colectiva o masiva para comprobar si la referida huida del

---

[78]. FREER (2017, pp. 884 y 885). Como denuncia CHAMBLEE BURCH (2015, pp.71 a 73 y 2017, pp.67 y ss.), los jueces designan en muchísimos casos a los mismos *lead counsels*, lo que puede dificultar la adecuada representación de las partes actoras en la conclusión de una transacción. Las personales motivaciones financieras, de reputación y de reciprocidad de estos "jugadores habituales" (*repeated players*) pueden resultar determinantes en las relaciones entre ellos y con el abogado contrario, y a menudo pasan por encima de la obligada y prioritaria fidelidad a sus clientes. Pueden producirse patologías sistémicas: jerarquías dictatoriales de abogados que no representan adecuadamente el espectro de los diversos intereses de los demandantes, "jugadores habituales" que intercambian influencias para aumentar sus honorarios, que cierran acuerdos privados contrarios a los intereses del colectivo y que carecen de un adecuado control de seguimiento. Dichos abogados, como denuncia la autora, ejercen tanto un control de liderazgo oligopolístico en los procedimientos "multidistrituales" como un poder monopolístico dentro de ellos en particular.

[79]. MULLENIX (2013, p.551 y ss.).

control judicial es una mera coincidencia o, por el contrario, nos hallamos ante una tendencia con vocación de consolidarse en ambos lados del océano.

5) No merece ser imitada la práctica de publicar "resoluciones indicativas" (*Hinweisbeschlüsse*) seguida por el Tribunal Supremo alemán y por los más altos tribunales del país con el objetivo de suministrar criterios jurídicos uniformes equiparables al precedente jurisprudencial y, en cierto modo, sucedáneos del mismo. Tal como ha sucedido en el caso de VW, la producción de jurisprudencia respecto de ciertas cuestiones puede verse impedida o retrasada cuando los recursos de casación (que suelen acceder al tribunal tras una dilatada tramitación procesal en las dos instancias previas), no llegan finalmente a sustanciarse porque el demandado económicamente poderoso dirige al consumidor individual ofertas transaccionales apenas resistibles o la plena satisfacción de sus pretensiones, de modo que aquél desiste del recurso. Las referidas "resoluciones indicativas" estarían destinadas a suplir el precedente jurisprudencial y evitar la diversidad de respuestas judiciales hasta que dicho criterio jurisprudencial se produjese. Aunque la cuestión no puede ser discutida aquí con la extensión que merece, dicha práctica avanza sin las debidas garantías un parecer que, aunque se presenta como provisional, una vez emitido tiende inevitablemente a estabilizarse e impedir su rectificación a la que bien podría llegarse tras concluir la entera tramitación del recurso.

Se trata, por lo demás, de una práctica que recuerda a los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo español, que desde hace unos años a esta parte están adquiriendo carta de naturaleza en la praxis judicial. La producción de criterios jurídicos con vocación de propiciar la observación de pautas uniformes de conducta en el tráfico jurídico -el precedente jurisprudencial- debe estar vinculada a la resolución de asuntos concretos y no puede consistir en la formulación de mandatos o criterios jurídicos abstractos, propios de la función legislativa. Si se observa, especialmente en los casos de litigación masiva, que es preciso aclarar mediante una voz revestida de *auctoritas* ciertas cuestiones jurídicas con el objeto de evitar pronunciamientos contradictorios, es preciso reformar, en el sentido de agilizar o facilitar, el acceso al recurso de casación cuando resulte preciso para que pueda cumplir adecuadamente su función nomofiláctica dentro de un horizonte temporal razonable.

6) Como corolario a estas reflexiones, parece inevitable convenir con Heese cuando afirma que ciertos rasgos o aspectos propios del sistema de las *class actions* y, en general del tratamiento de la litigación en masa en los EE. UU. podrían ser importadas o servir de inspiración para el legislador europeo sin necesidad de trasladar simultáneamente los insufribles inconvenientes del sistema procesal de dicho país, señaladamente la creación de una suerte de "industria del litigio" (*Klageindustrie*) que ejercería una presión insoportable sobre los demandados, quienes se verían poco menos que inexorablemente forzados a acceder a una solución transaccional del proceso, de la que los abogados de la parte actora extraerían pingües beneficios y ganancias exorbitantes[80]. Dichos males, en efecto, están relacionados con ciertas características propias del sistema procesal norteamericano generalmente ausentes en Europa y que, por supuesto, no sería recomendable imitar. A saber: la libertad absoluta para alcanzar pactos de *quota litis*, la desmedida extensión e intensidad de la investigación previa al juicio (*discovery*), la posible competencia del jurado para conocer de acciones civiles indemnizatorias y la institución de los *punitive damages*, o penalizaciones civiles en forma de pago de cantidades que el tribunal puede

[80]. HEESE (2019, p.432).

imponer cuando concurren circunstancias que hacen a la conducta del productor de los daños merecedora de un especial reproche[81].

[81]. Ibidem.

6. Bibliografía.

Elisabeth, CHAMBLEE BURCH (2015), *Judging Multidistrict Litigation*, 90 N.Y. U. L. Rev., págs.71 a 141.

Elisabeth, CHAMBLEE BURCH (2017), *Monopolies in Multidistrict Litigation*, 70 Vand. L. Rev., págs 67 a 166.

COMISIÓN EUROPEA (2018), *Collective redress in the Member States of the European Union*, Policy Department for Citizens Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union PE 608.829–octubre 2018.

John C. CRUDEN, Bethany ENGEL, Nigel COONEY, Joshua VAN EATON (2018), *Dieselgate: How the Investigation, Prosecution, and Settlement of Volkswagen's Emissions Cheating Scandal Illustrates the Need for Robust Environmental Enforcement*. Virginia Environmental Law Journal, Vol. 36, No. 2, págs.118 a 184.

Stephanie EICHHOLZ (2002), *Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, Editorial Mohr Siebeck, Tübingen.

Jack EWING, *Wachstum über alles. Der VW-Skandal. Die Personen. Die Technik. Die Hintergründe* (2017), Editorial Droemer. Existe traducción al castellano: *El escándalo de Volkswagen: Cómo, cuándo y por qué Volkswagen manipuló las emisiones de sus vehículos*, Deusto Ediciones S.A., 2017.

Lilly FIEDLER (2010), ***Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts.*** *Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Richard D. FREER (2017), *Civil Procedure*, 4ª edición, Wolters Kluwer.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2010), *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Cízur Menor.

Beate GSEL (2019), *Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, fechado a 27 de septiembre de 2019. Dictamen realizado para el del grupo parlamentario en el Bundestag de Bündnis 90/Die Grünen. Se puede consultar en el siguiente sitio de internet: https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/g/gsell_beate/forschung/stellungnahmen/stellungnahme_rm_final.pdf

Michael HEESE (2019), *Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal. Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne*, JuristenZeitung, 9/2019, págs. 429 a 440.

Michael HEESE (2020), *Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge. Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte*, JuristenZeitung 4/2020, págs. 178 a 189.

Javier LOPEZ SÁNCHEZ (2018), "Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositiva", en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, AAVV (coordinadoras Armenta Deu, Teresa/Pereira Puigvert, Sílvia), Marcial Pons, págs.61 a 91.

Joseph Allan MACDOUGALD (2017), *The Dieselgate. A Legal Perspective*, AAVV (editor Marco Frigessi di Rattalma), Editorial Springer, págs. 133 a 175.

Linda S. MULLENIX (2013), *Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution*, 107 Nws. U. L. Rev., págs. 511 a 563.

Linda S. MULLENIX (2011), *Dubious Doctrines: The Quasi-Class Action*, 80 U. Cin. L. Rev., págs. 389 a 429.

Astrid STADLER (2018), *Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?*, Juristen Zeitung 17/2018, págs. 793 a 802.

Astrid STADLER (2014), *Die Bündelung von gleichgerichteten Ansprüchen durch Inkassozession– Geschäftsmodelle zur Prozessfinanzierung auf dem Prüfstand Zugleich Besprechung von LG Düsseldorf, Urteil v. 17. 12. 2013 – 37 0 200/09*, JZ (JuristenZeitung) 12/2014, 613-622.

Astrid STADLER (2020), *Grenzen der Inkassozession nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 27. 11. 2019 – VIII ZR 285/18*, JuristenZeitung, 7/2020, págs. 321 a 331.

Wiebke VOß (2020), *Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechts-einschätzungen der Gerichte – praeter legem oder contra legem?* JuristenZeitung 6/2020, págs.286 a 293.

InDret
3.2020

La digitalización del patrimonio cultural
La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

María Serrano Fernández
Universidad Pablo de Olvide
-

Sumario
-
Desde principios del siglo XXI la Unión Europea ha prestado una especial atención a los proyectos de digitalización masiva de las obras y otras prestaciones que integran de forma permanente las colecciones de determinadas instituciones culturales, a fin de conservarlas y ponerlas a disposición del público. El punto de partida de ese conjunto normativo fue la Directiva 2001/29/CE y el último exponente la Directiva 2019/790/ del Parlamento y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DDAMUD). En la primera parte de este trabajo se analizan dichas disposiciones, prestando una especial atención a las dificultades que han impedido ese proceso de digitalización del patrimonio cultural; dificultades que han estado presentes en las sucesivas normas comunitarias publicadas. Por ello, constituye un paso previo e imprescindible realizar un breve estudio de dicha normativa para comprender el sentido y alcance de la regulación contenida en la Directiva 2019/790. La segunda parte del trabajo se centra en el estudio de esta norma comunitaria; en concreto, se analiza la excepción relativa a la conservación del patrimonio cultural (art. 6 DDAMUD), para, posteriormente, estudiar los dos mecanismos previstos en la DDAMUD para permitir la accesibilidad en línea del material cultural. El principal o preferente es que las entidades de gestión colectiva celebren con las instituciones responsables del patrimonio cultural acuerdos de licencia con efecto ampliado (art. 8.1 DDAMUD); con carácter subsidiario se prevé una excepción obligatoria. Con respecto a dicha normativa, será preciso determinar si se han solventado los problemas enumerados y si las soluciones adoptadas pueden calificarse de satisfactorias.

Abstract
-
Since the beginning of the 21st century, the European Union has paid particular attention to projects for the mass digitisation of works and other features that permanently integrate the collections of certain cultural institutions, in order to preserve them and make them available to the public. The starting point of that normative set was Directive 2001/29/EC and the last exponent of Directive 2019/790/EC of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market (DDAMUD). The first part of this work analyses these provisions, paying particular attention to the difficulties that have prevented this process of digitising cultural heritage, difficulties that have been present in the successive published Community rules. It is therefore a preliminary and essential step to carry out a brief study of this legislation in order to understand the meaning and scope of the regulation contained in Directive 2019/790. The second part of the work focuses on the study of this Community norm; in particular, the exception relating to the conservation of cultural heritage is analysed (art. 6 DDAMUD), and, subsequently, study the two mechanisms envisaged in the DDAMUD to allow online accessibility of cultural material. The principal or preferential is for collective management organizations to enter into extended-effect licensing agreements with institutions responsible for cultural heritage (art. 8.1 DDAMUD); the alternative, a mandatory derogation is provided for. With regard to this legislation, it will be necessary to determine whether the problems listed above have been solved and whether the solutions adopted can be described as satisfactory.

Title: *Digitisation of cultural heritage. The directive on copyright and related rights in the digital single market*

-

Palabras clave: conservación del patrimonio cultural; limitaciones a los derechos de autor, obras y prestaciones fuera del circuito comercial; instituciones responsables del patrimonio cultural; licencias colectivas con efecto ampliado; mercado único digital.

Keywords: *preservation of cultural heritage; copyright exceptions and limitations; out-of-commerce works and other subject-matter; cultural heritage institutions; extended collective licensing; digital single market.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.03

InDret

3.2020

Recepción
04/01/2020
-
Aceptación
15/05/2020
-

Índice

-

1. Planteamiento: el nuevo papel asumido por las instituciones culturales derivado del uso de las nuevas tecnologías
2. El Derecho comunitario: hacia un mercado digital único
2.1. El significado y alcance de los límites a los derechos de autor
2.2. Estrategias de la Unión Europea para facilitar la digitalización y puesta a disposición del patrimonio cultural
a. La Directiva 2001/29/CE/del Parlamento y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
b. La Comunicación i2010: Bibliotecas Digitales
c. El Libro Verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento
d. Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y la Agenda Digital para Europa
e. Comunicación sobre un mercado único digital y la reforma del marco jurídico europeo sobre derechos de autor
f. La Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas
g. Hacia un marco de derechos de autor más moderno y más europeo
h. A modo de conclusión
3. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital
3.1. Introducción
3.2. Conservación del patrimonio cultural
a. Justificación de la excepción
b. La excepción al derecho de reproducción
3.3. Uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial
a. ¿Por qué un régimen específico para las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial?
b. Ámbito objetivo de aplicación del régimen específico. Noción de obras y prestaciones fuera del circuito comercial
c. Soluciones adoptadas para el uso de las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial
d. Facultad de exclusión por parte de los titulares de derechos
e. Medidas de publicidad
f. Diálogo entre las partes interesadas
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento: el nuevo papel asumido por las instituciones culturales derivado del uso de las nuevas tecnologías*

Originariamente, el papel de las bibliotecas se centraba en adquirir libros y otros documentos poniéndolos a disposición del público, asegurando al mismo tiempo su conservación. En un contexto analógico las colecciones de las bibliotecas estaban formadas fundamentalmente por obras en formato físico, tales como libros y revistas impresas y cuyo ámbito de difusión y de circulación era relativamente limitado. El paso de un entorno analógico a otro digital ha supuesto, sin duda, una revolución en las formas de acceso y difusión del conocimiento, incidiendo de forma fundamental en las expectativas del público acerca de los servicios que esperan obtener de estas instituciones. En la actualidad, gran parte de las reproducciones de las obras se hacen mediante procedimientos digitales, tanto si es con fines de conservación como de puesta a disposición de los usuarios; además, los soportes y recursos permiten transcender el ámbito de influencia de la propia biblioteca hacia el concepto de biblioteca digital[1]. Respecto de los archivos y los museos, su principal función ha sido la de custodiar y preservar los materiales que forman parte de sus colecciones, al ser estos únicos e irremplazables. Sin embargo, las nuevas tecnologías también han tenido una influencia importante en los servicios que ofrecen este tipo de instituciones; así, hoy en día, el público no se limita a contemplar de una manera pasiva las obras que integran sus colecciones, sino que también puede acceder a sus contenidos a través del uso de una pantalla interactiva, la proyección de películas etc. Por otra parte, estas entidades culturales comparten con las bibliotecas una misma preocupación en relación con sus colecciones: la necesidad de efectuar copias para fines de conservación o de investigación.

Estas instituciones y su relevante papel en la difusión de la cultura se han convertido en centro de atención de la Unión Europea; en términos generales, es posible afirmar que la Unión Europea ha sabido reaccionar a los desafíos que la acción conjunta de las redes informáticas y el formato digital han planteado a la propiedad intelectual y al papel desempeñado por estas instituciones. Dicha reacción se ha traducido en la aprobación de un conjunto de disposiciones que han tenido como objetivo la consecución de un mercado único digital[2]. El punto de partida

---

* Autora de contacto: María Serrano Fernández, mserfer@upo.es.

[1] BURREL, Robert y COLEMAN, Allison: *Copyright exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 140-142 señalan que las bibliotecas han sido tradicionalmente concebidas como entidades que adquirían y ponían a disposición de los usuarios sus colecciones; inicialmente estas eran mayoritariamente material impreso, especialmente libros, al que posteriormente se le añadió material audiovisual, tales como DVD. Sin embargo, en los últimos tiempos se han multiplicado las plataformas y las webs donde se alojan los soportes electrónicos, de forma que entre los servicios que prestan las bibliotecas se incluye el de permitir el acceso a esos instrumentos. En parecidos términos, CURTO POLO, Mercedes: "La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias (II): Obras huérfanas y obras descatalogadas", *Propiedad intelectual y transferencia del conocimiento en universidades y centros públicos de investigación*, CARBAJO CASCON, FERNANDO y CURTO POLO, MERCEDES (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 476 señala que en los últimos años, al amparo de las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, bibliotecas, archivos, museos y otros centros de conservación y difusión de la cultura reclaman una mayor participación en la sociedad del conocimiento. Pretenden que se les otorgue un papel fundamental en la digitalización de los materiales analógicos con vistas no sólo a su preservación a largo plazo, sino también a facilitar la accesibilidad a los mismos mediante los nuevos medios que ofrecen las nuevas formas de comunicación a distancia.

[2] Para un estudio de las iniciativas de la Unión Europea en este ámbito, puede consultarse CIVITELLI, Chiara: "Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital: la imprescindible búsqueda de un punto de equilibrio entre intereses contrapuestos. Estrategias y Políticas Europeas en el ámbito de las bibliotecas

de ese conjunto de normas comunitarias fue la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI)[3]. Después, se han sucedido un conjunto de normas comunitarias cuyo último exponente es la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante DDAMUD)[4]. En lo que a nosotros nos interesa, esta norma comunitaria persigue dos objetivos: el primero es permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural realizar copias digitales de sus obras a fin de preservar sus colecciones para futuras generaciones; el segundo es permitir la digitalización y difusión transfronteriza de las obras que están fuera del circuito comercial. Se trata, sin duda, de objetivos ambiciosos pero que no están exentos de dificultades, alguna de las cuales tienen su razón de ser en la existencia de intereses contrapuestos entre las partes afectadas por dichos proyectos de digitalización. En efecto, a las instituciones culturales les interesa los proyectos de digitalización de sus colecciones a fin de poder conservar sus obras y difundirlas en línea; por ello, estas instituciones abogan por una regulación de los derechos de autor más permisiva y por el establecimiento de un conjunto de excepciones obligatorias de interés público. Por su parte, a lo editores, los autores y las entidades de gestión colectiva les preocupa que los proyectos de digitalización masiva patrocinados por las bibliotecas u otros medios, así como la difusión en línea de sus obras sin la debida diligencia de búsqueda pueda infringir los derechos de autor. En tal sentido, se considera que los acuerdos de licencia son el instrumento más adecuado para mejorar la difusión del conocimiento y ofrecer a los usuarios un acceso más efectivo de las obras; de igual modo, se alega que las excepciones obligatorias pueden anular los beneficios económicos de los titulares de los derechos de explotación sobre las obras protegidas.

Como tendremos ocasión de analizar, estas dificultades se pusieron de manifiesto ya en la DDASI, punto de partida de este largo proceso hacia la digitalización del patrimonio cultural y han estado presentes en las sucesivas normas comunitarias publicadas que regulan la materia relativa a los límites al Derecho de autor. Por esta razón, consideramos que constituye un paso previo e imprescindible realizar un breve recorrido por las principales disposiciones comunitarias para comprender el sentido y alcance de la regulación contenida en la DDAMUD[5].

---

digitales", *Anuario de la Propiedad Intelectual*, 2015, pp.299-339, EVANGELIO LLORCA, Raquel: "Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de las obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital", *Revista de Propiedad Intelectual*, 2018, nº 60, pp. 13-66 y SERRANO FERNÁNDEZ, María: "Instituciones de interés público: bibliotecas, museos, archivos y accesos a plataformas *on line*", *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.), Reus, Madrid, 2017, pp. 63-100.

[3] https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81549

[4] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=ES. El plazo de transposición de tiene como fecha límite el 7 de junio de 2021. Un primer análisis de esa Directiva realiza VALDECANTOS FLORES, Maitane: "La Propiedad Intelectual se adapta a la revolución tecnológica: entrada en vigor de la Directiva de la UE 2019/790", *Actualidad Civil,* nº 6, 2019, pp. 1-11.

[5] Para una visión general de las respuestas legislativas de la UE a los desafíos que plantea la digitalización masiva, véase SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive:Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I", *Kluwer Copyright Blog*, 29-7-2019, disponible en http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/08/05/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-ii (Consulta 21 de mayo 2020).

2. El Derecho comunitario: hacia un mercado digital único

2.1. El significado y alcance de los límites a los derechos de autor

Con la expresión *límites* o *limitaciones* se alude a situaciones o circunstancias en las que la utilización de una obra intelectual, por un tercero sin tener la autorización del titular de los derechos de explotación, no constituye una infracción de los derechos de autor. En términos generales, los límites pueden clasificarse en dos grupos: el primero alude a los supuestos en los que dichos usos pueden ser realizados sin consentimiento del titular de los derechos de explotación y sin pagar remuneración alguna; el segundo comprende las disposiciones que permiten una determinada utilización del contenido protegido por la propiedad intelectual, previo pago al titular de los derechos[6]. Aunque en ocasiones se alude a la expresión *excepciones* para referirse al primer grupo y *límites* al segundo, lo cierto es que los textos legales y la mayor parte de la doctrina científica utilizan indistintamente ambos términos[7]. No obstante, en nuestro país existen autores que defienden que estamos ante términos diferentes, siendo preferible la expresión límites o limitaciones; el fundamento es que los límites al derecho exclusivo no constituyen excepciones a una regla, sino que deben considerarse la técnica a través de la cual la ley delimita el monopolio del autor; delimitación que estaría justificada para logar el adecuado equilibrio entre los intereses de los creadores o de los titulares de los derechos de explotación y el interés general de acceso a la cultura y al fomento de la investigación[8]. En nuestro caso, utilizaremos indistintamente el término límites o limitaciones y excepción, este último más habitual en el *common law*.

En consonancia con la noción de límites, el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[9], (en adelante TRLPI) dispone, bajo la rúbrica, *Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades*, que "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley".

---

[6] Para un estudio de los límites, véase LÓPEZ MAZA, Sebastián: *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, pp. 1 y ss.

[7] Sobre esta cuestión terminológica: ESPIN ALBA, Isabel: *Obras huérfanas y derechos de autor*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 121 y ss; CARRANCHO HERRERA, Teresa: "Reproducción, préstamo y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones", DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL (coord.) *Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas*, Comares, Granada, 2019, pp. 146 y ss.

[8]En el Derecho inglés, BURREL, Robert y COLEMAN, Allison: op. cit. p. 113 y CORNISCH, Graham: *Copyright: interpreting the law for libraries, archive and information services*, Facet Publishing, London, 2015, pp. 61 y ss advierten que uno de los problemas a los que se enfrentan los autores cuando investigan sobre copyright excepción es que no existe neutralidad en los términos que describen esta materia. Así, aquellos que abogan por incrementar la protección de los titulares de derechos prefieren la utilización del término excepción. Ello es debido a que esta expresión conlleva que estemos ante una derogación del régimen general cual es el monopolio en favor de los creadores intelectuales; su naturaleza de excepción determina que deban ser objeto de interpretación estricta. La postura opuesta es la defendida por aquellos que propugnan una regulación más amplia de estos límites y prefieren la denominación de derecho de los usuarios de obras protegidas por derechos de autor. Desde estos planteamientos, la regulación de estos límites debe ser equivalente al régimen jurídico de los derechos concedidos por los creadores de las obras.

[9] BOE nº 97, de 22/04/1996.

En su acepción más amplia, los límites al derecho patrimonial se dirigen a la satisfacción de intereses generales de muy diversa índole[10]; en concreto, el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 contempló una serie de límites establecidos en favor de determinadas instituciones culturales, como las bibliotecas, los museos o archivos, basados en fines de interés social vinculados a la promoción de la educación y la cultura[11].Dicho precepto contempla tres supuestos distintos: el primero afecta al derecho de reproducción, el segundo al derecho de préstamo y el último de ellos al derecho de comunicación pública. Analizaremos en su momento la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto en la DDAMUD.

2.2. Estrategias de la Unión Europea para facilitar la digitalización y puesta a disposición del patrimonio cultural

a. La Directiva 2001/29/CE/del Parlamento y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados *aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*

Esta norma comunitaria estableció que las bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos se podían beneficiar de dos límites a los derechos de autor. El primero de ellos amparaba los actos específicos de reproducción de obras protegidas que no tuvieran fines comerciales (art. 5.2.c). En virtud del segundo, se estimaban lícitos aquellos actos de puesta a disposición del público, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de estos establecimientos, de obras que figuren en sus colecciones y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia (art. 5.3. n)[12].

[10] Así, por ejemplo, por motivos de interés público, como sucede con la libre reproducción de obras como prueba en procesos judiciales y administrativos; para satisfacer las necesidades colectivas de información, como ocurre con la libre reproducción de los discursos pronunciados en el seno de organismos públicos, de las alocuciones y discursos pronunciados en público, o de los artículos de actualidad. En interés de la enseñanza, mediante el uso libre de ilustraciones con fines didácticos siempre que no haya un fin lucrativo; por razones humanitarias, como sucede con las reproducciones para uso privado de los invidentes; para la difusión del conocimiento, la discusión de las ideas y la libertad de crítica, como en el derecho de cita. Para un estudio de los límites: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "Los límites del Derecho subjetivo y del Derecho de Autor", *Los límites del Derecho de Autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, 2006, pp. 18-20. En el mismo sentido, DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Antonio de: *Derecho Privado e Internet*, Civitas, Madrid, 2015, p. 64.

[11] La redacción actual del artículo 37 TRLPI es el resultado de diversas reformas legislativas. El primer párrafo procede de la Ley de 1987. El segundo fue añadido por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Posteriormente, el art. 37.2 fue modificado por la Disposición Final de la Ley 10/2007 de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas. Por último, la Ley 23/2006, de 7 de julio que incorporó al Derecho español la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información añadió a los fines de investigación, previstos en el párrafo primero, los fines de conservación e incorporó el apartado tercero del art. 37. Además modificó la rúbrica del precepto: "Reproducción, préstamo y consulta mediante terminales especializadas en determinados establecimientos", con el fin de adaptarlos a su nuevo contenido. Sobre las modificaciones sufridas por el art. 37 TRLPI: SERRANO FERNÁNDEZ, María: "Los límites al Derecho de autor en favor de las bibliotecas, museos, archivos y demás instituciones culturales en el derecho inglés. Estudio de Derecho comparado con la legislación española", *Estudio de los límites a los Derechos de autor desde una perspectiva de Derecho comparado*, SERRANO FERNÁNDEZ, MARIA (coord.), Reus, Madrid, 2017, pp. 27-64.

[12] En concreto, el art. 5.2. de la DDASI disponía que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2, en los siguieres casos: c) en

Esta regulación supuso un paso muy importante en el reconocimiento de un límite a los derechos de autor en favor de estas instituciones culturales; sin embargo, presentaba unas deficiencias que a la larga han constituido un obstáculo grave para lograr la digitalización del patrimonio cultural. Así, en primer lugar, estos límites o excepciones tenían *carácter facultativo*[13]; ello conllevó que no todos los Estados miembros incluyeran esas excepciones, o lo hicieran del mismo modo. En segundo lugar, los términos en los que estaba redactaba la norma resultaban demasiados estrictos. Así, con respecto a la posibilidad de realizar determinados actos de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de autor, el acto permitido era la reproducción, entendiendo por tal la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier soporte de toda la obra o de parte de ella que permita su comunicación y la obtención de copias. Sin embargo, el precepto no admitía expresamente la posibilidad de realizar copias digitales de una obra impresa para fines de conservación[14], o la posibilidad de realizar nuevas copias de obras que ya estuvieran en formato digital[15] y, en ningún caso, amparaba la digitalización masiva de obras protegidas por derechos

---

relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Por su parte, el párrafo tercero de dicho precepto permitía que los Estados miembros establecieran excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 (derecho de reproducción) y artículo 3 (derecho de derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas) en los siguientes casos: n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia.

[13] El carácter facultativo de estos límites tenía como excepción un supuesto aplicable al derecho de reproducción. En efecto, la DDASI impuso a los Estados miembros la inclusión de una excepción consistente en actos de reproducción provisional que fueran transitorios y accesorios y formaran parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consistiera en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra o prestación protegida y que no tengan por sí mismas una significación económica independiente (art. 5.1).

[14] CIVITELLI, Chiara: "Excepciones y límites a los derechos de autor en favor de bibliotecas: comparación entre Italia y España", *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de Derecho Comparado*, SERRANO FERNANDEZ, MARÍA (coord.), Reus, Madrid 2017, p. 109 afirma que la normativa española parece permitir a las bibliotecas digitalizar sus obras con fines de conservación. Sin embargo, la falta de precisión del legislador español ha suscitado un debate en la doctrina española sobre si es posible la preservación digital y el número de copias que pueden hacerse. En cambio, la normativa italiana parece excluir del ámbito de las excepciones establecidas en favor de las bibliotecas cualquier forma de digitalización de libros. Por tanto, la digitalización de libros en Italia solo puede realizarse cuando la obra ha entrado en dominio público, o tras la autorización escrita del autor o editor.

[15] Al respecto, FERNÁNDEZ MOLINA, Juan Carlos y CHAVES GUIMARES, José Augusto: "Las nuevas leyes de derechos de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?", *Information Research,* v. 12, nº4, 2007, disponible en https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/32748/FernandezMolina_DerechosAutor.pdf;sequence=1 (Consulta 12 de marzo de 2019) ponen de manifiesto que la preservación digital presenta muchas más dificultades que la de las obras en formatos tradicionales debido a problemas de diferente naturaleza: técnica, económico-organizativa y legal. En cuanto a los primeros, está demostrado que los medios digitales se degradan más rápidamente que los tradicionales; además, el rápido desarrollo tecnológico, el hardware y el software se quedan obsoletos continuamente, por lo que también existe el riesgo de que las publicaciones electrónicas no estén ya accesibles en el futuro. Incluso si el medio y el contenido están en buenas condiciones, la tecnología necesaria para hacer accesible la obra puede que ya no esté disponible. A los problemas descritos hay que añadir los derivados del cambio en el modelo de negocio. La mayoría de la información digital no es comprada por las bibliotecas sino alquilada, es decir, no tienen la propiedad de la mayoría de la información digital de sus colecciones, sino solamente un derecho de acceso y uso concedido por una licencia o contrato. Así, si la información misma no reside en la biblioteca, puede que

de autor. Por su parte, la segunda de las excepciones prevista en la DDASI solo permitía la consulta de las obras, sin autorización del titular de los derechos, a través de terminales especializados instalados en los establecimientos y para fines de estudio e investigación; la accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de las instituciones culturales no estaba incluida en el ámbito de la excepción. Ello impedía que los usuarios pudieran acceder a las obras desde distintos dispositivos en cualquier momento y desde cualquier lugar. Como tendremos ocasión de analizar, los documentos posteriores aprobados en la Unión Europea van a tener como denominador común la búsqueda de soluciones que permitan superar estas limitaciones[16].

En este contexto, en el año 2004, la empresa Google anunciaba su proyecto *Google Books* (primero conocida como *Google Print Library* y después *Google Books Search-GBS*) con la intención de digitalizar los fondos de las bibliotecas norteamericanas y europeas. Sin duda, ese proyecto actuó como detonante para llevar a cabo políticas de digitalización. Así, en una carta fechada el 28 de abril de 2005, dirigida al presidente del Consejo y de la Comisión, seis jefes de Estado o de Gobierno (Francia, Polonia, Alemania, Italia, España y Hungría) solicitaban la creación de una biblioteca digital europea donde recoger y dar acceso al patrimonio cultural de Europa[17]. Como consecuencia de aquella llamada de atención, el 30 de septiembre de ese mismo año, la Comisión publicó la *Comunicación i2020: Bibliotecas Digitales*[18].

b. La Comunicación i2010: Bibliotecas Digitales

La Iniciativa i2020 define a las bibliotecas digitales como colecciones organizadas de contenidos digitales puestos a disposición del público. Se integra por contenidos previamente digitalizados (copias de libros u otros documentos), o creados desde el principio en formato digital. El concepto de biblioteca digital se mueve en torno a tres ejes fundamentales. La accesibilidad en línea, la digitalización de las colecciones analógicas[19] y la preservación y el

---

no tenga acceso a la información más vieja, o incluso a ninguna información si se cancela la suscripción o si desaparece ese editor. Esto es una diferencia fundamental con la información impresa, que al ser poseída físicamente por las bibliotecas, suponía que estas tenían un control absoluto sobre las obras que componían su colección, incluso cuando la suscripción se hubiera cancelado. Por último, también hay problemas legales, ya que las estrategias de preservación exigen el consentimiento del titular de los derechos de autor.

[16]En parecidos términos, Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: "Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?", *Final report prepared for Europeana Connect project*, Amsterdam, 2001, disponible en https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:465947/FULLTEXT01.pdf (Consulta 21 de mayo 2020), p.6.

[17] ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 20 señala que nadie parece negar que en el ámbito europeo la preocupación por el tema de las bibliotecas digitales surgiera como respuesta a las iniciativas de Google en esta materia. En el mismo sentido, CHIVITELLI, Chiara: "Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital…", op. cit. pp. 305 y 306.

[18] COM (2005) 465, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al24226i

[19] LÓPEZ MAZA, Sebastián: op. cit. pp. 16 y 17 define la digitalización como la reducción o transformación de una obra en una serie de números (una secuencia de unos y ceros), pudiendo posteriormente recuperarla y reproducirla con la misma calidad del original; la información se transmite por medio de códigos que permiten diferentes tipos de contenido, como el sonido, el texto o la animación que pueden presentarse o combinarse de forma separada. De esta manera, se fija la obra en un medio que permite su posterior distribución y obtención de copias o su comunicación pública a través de redes o radiodifusión. Sobre la digitalización, véase: CARRANCHO HERRERO, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones

almacenamiento de los contenidos digitales para garantizar que las futuras generaciones puedan acceder al material digital.

Resulta evidente que como consecuencia de este proceso de digitalización masiva, la posibilidad de acceso a los fondos de las instituciones responsables de la conservación del patrimonio cultural se ve incrementado de forma excepcional, en la medida que ya no son necesarias las restricciones de manipulación y uso de los originales, garantizándose que incluso los materiales deteriorados o respecto de los que se ha perdido el soporte físico original puedan ser objeto de acceso a través de copias digitalizadas. El resultado, como apunta ESPÍN ALBA[20], es una enorme ampliación de la disponibilidad de los materiales, principalmente con fines educativos y de investigación. Esta evidente mejora en los servicios que se prestan a los usuarios implica también un incremento del impacto social y económico de estas instituciones culturales en el ámbito de la cultura y de la investigación. Es previsible, añade esta autora, que todo ello facilite el desarrollo de recursos cooperativos, de modo que aquellas instituciones que tengan materiales afines y/o complementarios puedan intercambiar recursos y aumentar el potencial de acceso a los usuarios con la consecuente revalorización de sus servicios. En otras palabras, permite crear un único punto de acceso a documentos de distintas instituciones que se refieren a una determinada materia[21].

En relación con el proceso de digitalización de las colecciones europeas, la Comisión identificó cuatro tipos de dificultades. La primera de ellas era financiera, debido a que esas actuaciones exigían una inversión y una mano de obra importantes[22]. La segunda dificultad era de carácter

culturales", *Medios de comunicación, contenidos digitales y derechos de autor*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.), Reus, Madrid, 2019, pp. 182 y ss; ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 27; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2001, p. 10; RODRÍGUEZ MORENO, Sofía: *La era digital y las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 107 y 108.

[20] Op. cit. p. 31.

[21] Este doble impacto cultural y económico se resaltó en la propia Comunicación; así, bajo la expresión DISPONIBILIDAD EN LÍNEA DEL PATRIMONIO CULTURAL DE EUROPA: LO QUE ESTÁ EN JUEGO se afirma, por un lado, que las bibliotecas y archivos europeos contienen abundante material –libros, periódicos, películas, fotografías y mapas– que representa la riqueza de la historia de Europa, así como su diversidad cultural y lingüística. La presencia en línea de este material procedente de distintas culturas y expresado en diferentes lenguas permitirá a los ciudadanos apreciar más fácilmente su propio patrimonio cultural y el de los demás países europeos y utilizarlo con fines de estudio, trabajo u ocio. En lo relativo a los datos económicos, las bibliotecas y los archivos constituyen importantes sectores de actividad en términos de inversión y empleo. En 2001, las bibliotecas europeas contaban con 336.673 empleados equivalentes a tiempo completo, mientras que el número de usuarios registrados superaba los 138 millones. Su repercusión en el conjunto de la economía es sustancial. La digitalización de sus recursos podría acrecentar considerablemente esta repercusión. Una vez digitalizado, el patrimonio cultural de Europa podría impulsar el tráfico en la red. Constituiría un rico depósito de materiales primarios que se podrían reutilizar en servicios y productos de valor añadido en sectores como el turismo y la educación. Si se conserva adecuadamente, el material puede utilizarse una y otra vez. Además, el trabajo de digitalización aportará considerables ventajas secundarias a las empresas que desarrollan nuevas tecnologías.

[22] Como pone de manifiesto CARRANCHO HERRERO, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones culturales" op. cit. pp. 177 y 180, la *Carta del dominio público de Europeana* publicada en abril de 2010 advertía del elevado coste que supone digitalizar los fondos analógicos y mantener los fondos digitales. Por ello, se consideraba necesario que los gobiernos estimularan o exigieran a las organizaciones que generaran ingresos mediante la concesión de licencias. En tal sentido, la Carta ya indicaba que, si bien las sociedades públicas y privadas constituyen una buena opción para contribuir a la financiación de la

organizativo, provocado por el riesgo de duplicar el trabajo, digitalizando una obra varias veces, así como la necesidad de actualizar las competencias del personal implicado; en tercer lugar existían problemas de carácter técnico, ya que era imprescindible mejorar los costes de digitalización; por último, la digitalización conllevaba problemas jurídicos nacidos de la necesidad de compatibilizar dicho proceso con los derechos de propiedad intelectual existentes sobre la obra inmersa en dicho proceso de digitalización[23]. A pesar de las dificultades expuestas, la biblioteca digital, denominada Europeana, se puso en marcha el 20 de noviembre de 2008. Su objetivo era facilitar la conversión a formato digital de los acervos bibliográficos de las instituciones culturales europeas y ponerlas a disposición del público a través de un único punto de acceso multilingüe[24].

c. El Libro Verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento

El 16 de julio de 2008, la Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento con el objetivo de promover un debate sobre la materia. La segunda parte de dicho documento se refería a problemas específicos relacionados con las excepciones y limitaciones que afectan especialmente a la difusión de conocimientos, y planteaba la conveniencia de que estas excepciones evolucionaran en la era de la difusión digital. Respecto de las excepciones contempladas en los artículos 5.2.c y 5.3.n DDASI, el Libro Verde puso de manifiesto que ni la norma comunitaria, ni las legislaciones nacionales contenían normas claras y específicas sobre las excepciones en favor de las bibliotecas y entidades culturales;

digitalización, como lo hacen a cambio del acceso privilegiado a las colecciones digitalizadas, se debe alcanzar el máximo control posible para evitar que estas relaciones comerciales con socios exclusivos dificulten, cuando no impidan, el libre acceso a las obras. Y ello es así, en la medida que los derechos de exclusividad aíslan la información digitalizada y dificultan el acceso a ella de los profesores y ciudadanos o de otras instituciones. De igual modo, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011 sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011H0711) afirma en su Considerando 9 que el coste de la digitalización del patrimonio cultural para el conjunto de Europa es elevado y, por eso, no puede cubrirse solamente con financiación pública. El patrocinio de la digitalización por el sector privado o la creación de asociaciones entre los sectores público y privado pueden ser vías para la participación de entidades privadas en las actividades de digitalización y, por tanto, deben fomentarse. Para ser justas y equilibradas, estas asociaciones deben cumplir una serie de principios fundamentales. Concretamente, procede establecer plazos para el uso preferente del material digitalizado. El informe del Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo estableció un plazo máximo de siete años para el uso preferente del material digitalizado por las asociaciones entre los sectores público y privado.

[23] En efecto, como señala ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. pp. 27 y 51, dentro de los materiales digitalizados que forman parte de la colección de una biblioteca se pueden encontrar obras de muy diferente estatus jurídicos. Están las obras que se encuentran en el dominio público que son aquellas cuyos plazos de protección han expirado y pueden ser utilizadas por cualquiera, respetando siempre los derechos morales; por el contrario, existirán otras sobre las que aún recaen derechos de propiedad intelectual y que se determinará si son huérfanas o no después de una búsqueda diligente.

[24] Para implementar la Iniciativa i2020: Bibliotecas Digitales se publicaron además otras disposiciones y acuerdos emanados de los órganos de la Unión Europea, entre los que cabe citar: Recomendación 2006/585/CE de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital; las Conclusiones del Consejo sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital de 7 de diciembre de 2006. La Resolución del Parlamento Europeo i2020: hacia una biblioteca digital europea de 27 de septiembre de 2007. La Comunicación de la Comisión El patrimonio cultural europeo a un clic del ratón-Avances en la digitalización y el acceso en línea al material cultural y en la conservación digital de 11 de agosto de 2008; las Conclusiones del Consejo relativas a la biblioteca digital Europeana de 20 de noviembre 2008 y la Comunicación de la Comisión Europeana-los próximos pasos, de 28 de agosto de 2009; finalmente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de mayo de 2010, sobre Europeana - los próximos pasos.

excepciones que además habían sido traspuestas de forma diferente por las legislaciones de los Estados miembros. Es más, algunos Estados miembros como el Reino Unido habían adoptado normas muy restrictivas sobre los actos de reproducción realizados por las bibliotecas al amparo de esta excepción, autorizando a realizar una única copia de una obra literarias, dramática o musical perteneciente a su colección permanente, con fines de conservación y sustitución[25]. En consecuencia, se planteaba el interrogante de si debía precisarse el alcance de la excepción en beneficio de las bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos de acceso público en relación con la conversión en formatos, el número de copias autorizadas en el marco de la excepción y el escaneado de colecciones completas conservadas en las bibliotecas.

Respecto del derecho de puesta a disposición del público de obras protegidas, la excepción impide que las colecciones de estas instituciones culturales sean accesibles en línea; asimismo, muchos editores están digitalizando sus propios catálogos con objeto de crear bases de datos interactivas en línea, donde el material pueda consultarse fácilmente desde el ordenador del usuario pagando una cuota de suscripción al servicio. En consideración a lo anterior, el Libro Verde se preguntaba si para reforzar el acceso a las obras, las bibliotecas, los centros de enseñanza, los museos y los archivos de acceso público deberían celebrar acuerdos con los editores para la concesión de licencias y si hay ejemplos de regímenes de licencias para el acceso en línea a las colecciones de las bibliotecas que se apliquen con resultados satisfactorios. Finalmente, se advierte que la excepción prevista en el art. 5.3.n de la Directiva no incluye la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas[26].

d. Europa 2020*: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y la Agenda Digital para Europa*

El 3 de marzo de 2010 la Comisión Europea publicó la Comunicación Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en la cual se enmarcaban las políticas europeas para la próxima década. En dicho documento se establecen siete iniciativas emblemáticas, entre las que resalta un Agenda Digital para Europa que tenía, entre otros objetivos, establecer la promoción y protección de la diversidad cultural y los contenidos

[25] En su redacción original, *The Copyright, Designs and Patents Act,* 1988 recogía en su artículo 42 la posibilidad de hacer copias de obras literarias, dramáticas y musicales con fines de preservación y sustitución, limitándose dicha excepción a la posibilidad de hacer una única copia. Dicha norma fue reformada por *Copyright and Rights in Perfomances (Research Education, Libraries and Archives) Regulation* 2014, que le dio una nueva redacción al artículo 42. En el nuevo precepto se elimina toda referencia a obras literarias, dramáticas y musicales, de lo que se desprende que en la actualidad pueden copiarse con fines de preservación o sustitución todo tipo de obras. Sin embargo, se mantiene la limitación a una sola copia y se exige que las reproducciones de obras con dicha finalidad puedan hacerse únicamente cuando no exista una posibilidad razonable de adquirir una copia de sustitución.

[26] Tras el debate suscitado por el Libro Verde, la Comisión Europea, en su Comunicación Los derechos de autor en la economía del conocimiento de 19 de octubre de 2009, anunció una serie de actuaciones en materia de propiedad intelectual. Entre las posibles soluciones propuestas para establecer un régimen sencillo y rentable de comercio de derechos que cubriera las cuestiones relativas a la digitalización y difusión en línea en el ámbito de las bibliotecas digitales, se pensó en el establecimiento de un régimen colectivo de licencias que pudiera complementarse con un sistema ampliado, basado en un compromiso de búsqueda con la debida diligencia, por la que se considere que un gestor de derechos representa a terceros; es decir, a titulares de derechos que no sean oficialmente miembros del régimen colectivo. Sobre estas bases, la Comisión se comprometió a estudiar si eran precisas más iniciativas como parte de la nueva estrategia, incluida la posible creación de una nueva excepción reglamentaria para los esfuerzos de digitalización.

creativos de la Unión Europea. En tal sentido, se afirma que la digitalización y el acceso en línea de las obras son dos instrumentos útiles para alcanzar dicho objetivo. Sin embargo, la complejidad del actual sistema de concesión de licencias y las barreras económicas que tienen su origen en las elevadas inversiones necesarias para proyectos de digitalización a gran escala, representan los dos mayores obstáculos.

Ese mismo año la Comisión constituyó un Comité de Sabios encargado de realizar un informe con el fin último de encontrar soluciones novedosas para superar los obstáculos económicos y normativos a la digitalización, preservación digital y accesibilidad en línea del patrimonio cultural[27]. La publicación del Informe, denominado «El nuevo Renacimiento sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo» se llevó a cabo el 10 de enero de 2011 y, en lo que a nosotros nos interesa, incluía las siguientes recomendaciones:

- Las instituciones culturales deben digitalizar las obras que están en dominio público a través de fondos públicos, para asegurar el acceso a ellas y permitir su uso transfronterizo.
- Las legislaciones de los Estados miembros deberían introducir unas licencias colectivas obligatorias en favor de instituciones culturales para la digitalización de las obras.
- El portal Europeana debe convertirse en la referencia principal de patrimonio cultural europeo en línea.
- Para garantizar la conservación de las colecciones en formato digital, una segunda copia de este material cultural debe archivarse en Europeana.
- Debe fomentarse la cooperación entre el sector público y el sector privado en materia de digitalización, preservación digital de obras y accesibilidad en línea.

Las recomendaciones del Comité de Sabios fueron implementadas a través de diferentes documentos publicados a partir de 2011, entre los que destaca la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011 sobre digitalización, accesibilidad del material cultural y preservación digital y las Conclusiones del Consejo de 10 de mayo de 2012 sobre digitalización y acceso en línea del material cultural y la conservación digital.

e. Comunicación sobre un mercado único digital y la reforma del marco jurídico europeo sobre derechos de autor[28]

Esta Comunicación considera que los derechos de propiedad intelectual constituyen un activo fundamental en la economía de la Unión Europea. Sin embargo, dicho potencial económico depende, cada vez más, de la capacidad de muchos titulares para ceder sus contenidos creativos a través de licencias. Ello exige un marco legal global y coherente en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Al respecto, las normas en esta materia deben entenderse como una normativa marco que permita una gestión de estos derechos lo más eficiente posible, estableciendo los incentivos adecuados para la creación y la inversión, los modelos empresariales innovadores, la promoción de la diversidad cultural y la difusión lo más amplia posible de las obras en beneficio de la sociedad en su conjunto.

[27] Previamente se había constituido un Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales que el 4 de junio de 2008 había publicado un informe sobre la conservación digital y las obras huérfanas y descatalogadas.
[28] De 24 de mayo de 2011 (COM (2011).

Para conseguir dichos objetivos, la Comisión se propuso trabajar en dos líneas de acción paralelas: la primera era iniciar un diálogo con las partes interesadas con el objetivo explícito de proponer soluciones prácticas a los problemas planteados en este ámbito[29]; la segunda tenía como finalidad completar la labor de revisión y modernización del marco legislativo de la Unión Europea sobre derechos de autor; en ese contexto cabe enmarcar la *Consulta sobre la revisión de las normas de Derechos de autor dentro de la Unión Europea*[30], en la cual se abordaron cuestiones relativas a los límites y excepciones a los derechos de autor en el entorno digital y los mecanismos de defensa de los derechos. En relación con las excepciones de los derechos de autor en favor de determinadas instituciones culturales los resultados de la consultan señalaron los siguientes aspectos: 1º. La necesidad de que los límites al derecho de reproducción contemplen la posibilidad de efectuar copias con fines de preservación digital[31]. 2º. La necesidad de la accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de las instituciones culturales. En relación con esta cuestión se considera necesario ampliar al ámbito de la excepción prevista en la DDASI a fin de permitir el acceso remoto de las obras, si bien su aplicación podría limitarse a las obras que están fuera del circuito comercial.

En el *Informe sobre Derechos de Autor en el mercado único digital*, publicado en junio de 2013 y a falta de una completa armonización de la normativa en esta materia que constituye un objetivo a largo plazo, se afirma que el único instrumento válido para la explotación transfronteriza en línea de contenidos protegidos es la concesión de licencias[32].

f. La Directiva *2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*

En un escenario centrado en la difusión de las obras en un entorno digital era preciso establecer un marco jurídico que permitiera el acceso legal, transfronterizo y en línea de las obras huérfanas. Respondiendo a esa necesidad el 25 de octubre de 2012 se aprueba la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas (en adelante DOH)[33]. En términos generales se puede definir la obra huérfana como aquella que está protegida por los derechos de autor, los cuales no pueden ser identificados o localizados por

[29] El diálogo de las instituciones europeas con las partes interesadas se puso en marcha con la iniciativa *Licencias para Europa*, a través de la cual la Comisión pretendía propiciar un foro de debate con las partes interesadas a fin de formular soluciones prácticas sobre cuestiones relacionadas con la concesión de licencias sobre derechos de autor en el entorno digital.

[30] Los resultados de dicha consulta fueron publicados en un *Report* de la Dirección general para el mercado interno y los servicios de Comisión Europea, publicado en julio de 2014.

[31] Al respecto, se advierte que es imprescindible realizar periódicos cambios de formato de los documentos para su conservación y accesibilidad en el tiempo, en atención al progreso tecnológico. Asimismo se considera que el mecanismo de las licencias presenta el inconveniente de que pueden ser resueltas por los editores, en cuyo caso las bibliotecas perderían el acceso a los documentos, sin poder por tanto desempeñar su función de interés público. Finalmente, se sugiere que la Unión Europea aclare qué requisitos deben cumplir los beneficiarios de esta excepción, debiéndose aplicar exclusivamente a las entidades cuya única misión sea la conservación del patrimonio cultural.

[32] Para un estudio detallado sobre dicho Informe: CIVITELLI, Chiara: "Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital…", op. cit. pp. 328 y ss.

[33] https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:ES:PDF

quién quiere realizar actos de explotación que requieren el consentimiento del autor y después de haber realizado una búsqueda diligente[34].

De las posibles soluciones que admitía el problema de las obras huérfanas, Europa se decantó por el modelo de una excepción obligatoria a los derechos de autor en favor de determinadas instituciones culturales, siempre que se tratara de usos no comerciales, y sin necesidad de pagar una remuneración previa, pero con la previsión de una remuneración equitativa en el caso de que el titular de los derechos apareciera[35];para la determinación de dicha remuneración se tendría en cuenta el uso efectivamente realizado de la obra huérfana, la naturaleza no comercial de la utilización y el posible perjuicio causado a los titulares.

Sin duda, la técnica legislativa de imponer a todos los Estados miembros un límite de carácter obligatorio supuso un cambio fundamental respecto de la DDASI cuya regla general, como hemos tenido ocasión de analizar, era el carácter facultativo de los límites. El modelo de la DOH está basado en un sistema de *opt-in* en el que se recogen en una base de datos única para el territorio de la UE las búsquedas diligentes realizadas por las entidades beneficiarias del límite, con el consiguiente reconocimiento mutuo. La búsqueda diligente debe ser realizada de buena fe respecto de cada obra o prestación protegida. Ello implica la consulta de las fuentes adecuadas en función de la categoría de obras o prestaciones protegidas, que serán determinadas por cada Estado miembro en consulta con los titulares de derechos y los usuarios, debiendo ser incluidas como mínimo las fuentes enumeradas en el Anexo de la Directiva[36]. La responsabilidad de realizar y documentar la búsqueda diligente corresponde a las entidades autorizadas para el uso de las obras o fonogramas, que pueden llevarla a cabo con sus medios o acudir a acuerdos con otras entidades. La Directiva prevé que los titulares de derechos de las obras u otras prestaciones puedan poner fin a la condición de huérfana de la obra y reclamar la oportuna compensación por los usos que de la misma se hayan realizado sin su consentimiento (sistema *out-out)*.

Respecto de los usos autorizados (art. 6 DOH), las entidades beneficiarias solo podrán llevar a cabo: a) la reproducción, conforme al artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración. b) La puesta a disposición del público, conforme al artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE. Ahora bien, estos usos solo estarán autorizados cuando las instituciones señaladas en la Directiva hagan uso de las obras huérfanas en el ejercicio de su misión de interés público: en particular, conservación y restauración y facilitación del acceso con fines culturales y educativos[37].

---

[34] Stef VAN GOMPEL: "Unlocking the potential of pre-existing content: How to address the issue of orphan works in Europe?", *IIC* nº 6, 2007, disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/IIC_2007_6_orphan_works.pdf (Consulta 19 de mayo 2020)

[35] ESPIN ALBA, Isabel: op. cit. pp. 162.

[36] En España estas fuentes han sido fijadas por el Real Decreto224/2016, y ello sin perjuicio de la obligación de consultar fuentes adicionales disponibles en otros países donde haya pruebas que sugieran la existencia de información pertinente sobre los titulares de derechos (art. 4.4. Real Decreto 224/2016). Sobre esta cuestión, Mercedes CURTO POLO: "La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias", op. cit. p. 488.

[37] Se pregunta CURTO POLO: IDEM, p. 492 si se trata de una Directiva de mínimos, de forma que los Estados miembros puedan ampliar la excepción relativa a las obras huérfanas en relación con posibles usos comerciales; en opinión de esta autora no parece que haya sido esta la voluntad del legislador

g. Hacia un *marco de derechos de autor más moderno y más europeo*

En dicha Comunicación de 9 de diciembre de 2015 se pone de manifiesto la necesidad superar la fragmentación y las fricciones dentro del mercado único[38]. En el concreto ámbito de las excepciones establecidas en favor de las bibliotecas, museos, archivos y establecimientos educativos, se advierte de lo importante que es que dicha regulación se adapte a un entorno digital y transfronterizo. De nuevo se insiste en que la excepción de la UE que autoriza a determinadas instituciones a permitir la consulta de obras en pantalla para la investigación y el estudio privado no tiene en cuenta las posibilidades que ofrece la tecnología actual para la consulta a distancia, debiéndose permitir la consulta a distancia de las colecciones de estas instituciones para fines de estudio e investigación privada.

En segundo lugar y respecto de la excepción relativa a las actividades de conservación de las instituciones del patrimonio cultural, se reitera que los Estados miembros no suelen tener en cuenta los formatos digitales a la hora de aplicar esa excepción a nivel nacional, por ello se debe permitir el uso de las tecnologías digitales para hacer frente a la rápida obsolescencia tecnológica de los dispositivos.

h. A modo de conclusión

Alcanzar el objetivo de un mercado único digital exige conseguir una amplia disponibilidad de los contenidos creativos en todos los Estados miembros, garantizando al mismo tiempo que la normativa de la Unión Europea siga proporcionando un alto nivel de protección a los titulares de derechos, manteniendo un equilibrio adecuado con otros objetivos de política pública, como la educación, la investigación o la conservación y difusión del patrimonio cultural. En ese contexto, y como se ha expuesto, esa labor de digitalización del patrimonio cultural se ha enfrentado con diversos problemas que han dificultado enormemente esa tarea. Descrito el estado de la cuestión, queda ahora por analizar la regulación contenida en la Directiva a fin de determinar si se han solventado algunas de las dificultades enumeradas y si las soluciones adoptadas pueden calificarse de satisfactorias.

---

comunitario. Todo ello se entiende sin perjuicio de la libertad contractual de dichas entidades para, en uso de su libertad contractual, llegar a acuerdos con entes privados. No obstante, conforme al Considerando 22 tales acuerdos no deben imponer restricción alguna a los beneficiarios de la Directiva en cuanto al uso por su parte de las obras huérfanas y no se debe conceder al socio comercial ningún derecho a utilizar o a controlar el uso de las obras huérfanas. En la práctica, será difícil llegar a acuerdos con entidades privadas si éstas no tiene ninguna posibilidad de explotar comercialmente las obras digitalizadas, salvo en el marco de una iniciativa de mecenazgo. Sobre las diferencias entre el texto de la Propuesta de Directiva en esta cuestión y el texto definitivo en la DOH: María SERRANO FERNÁNDEZ: "Las obras huérfanas. Luces y sombras de la Directiva 2012/28 sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas", *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, ESPÍN ALBA, ISABEL (coord.), Reus, Madrid, 2014, pp. 168 y 169.

[38] Previamente, el 6 de mayo de 2015 se había aprobado la Comunicación Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192, sustentada en tres pilares: 1) La mejora del acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en Europa; 2) la creación de unas condiciones adecuadas y equitativas para el éxito de las redes digitales y los servicios innovadores; 3) el aprovechamiento máximo del potencial de crecimiento de la economía digital. La Comisión estableció una hoja de ruta con dieciséis acciones clave en el marco de estos pilares, que debería ponerse en marcha antes de que finalizara 2016 y creó una herramienta en línea para medir los avances de Europa hacia una economía y sociedad digitales, el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI, por sus siglas en inglés).

3. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

3.1. Introducción

La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE constituye un paso más en esa labor de modernización. En términos generales, cabe afirmar que la nueva norma comunitaria establece un conjunto de reglas que tienen por finalidad adaptar determinadas limitaciones a los derechos de autor y los derechos afines en un entorno digital y transfronterizo; además, la DDAMUD pretende facilitar la concesión de licencias, principalmente en lo que respecta a la difusión de obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial. El interrogante que se plantea es determinar cómo aborda esta nueva norma esos problemas que han estado latente en todo ese largo recorrido normativo en favor de la digitalización de obras intelectuales y otras prestaciones.

En primer lugar y con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, la DDAMUD tiene como objetivo que en materia de excepciones y limitaciones exista un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos por una parte y los usuarios por otra. A juicio del legislador comunitario lograr dicho equilibrio conlleva que las excepciones y límites establecidos por la DDAMUD únicamente puedan aplicarse en casos especiales que no sean incompatibles con una explotación normal de las obras y otras prestaciones y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos de los titulares de derechos[39].

La norma comunitaria viene pues a plasmar lo que constituye un principio fundamental en materia de derechos de autor, cual es que los límites que se imponen al derecho exclusivo de explotación de la obra deben cumplir la llamada *regla de los tres pasos*[40]. Es decir, que los límites

[39] En parecidos términos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "El mercado único digital y la propiedad intelectual" *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, nº 2, 2016, pp. 2 y ss pone de manifiesto que hay que tener cautela a la hora de ampliar el número de excepciones a la propiedad intelectual, aunque las mismas vayan acompañadas de compensaciones equitativas a los titulares de los derechos excepcionados. La propiedad intelectual, especialmente el derecho de autor es un derecho de exclusiva. Lo que conviene tener presente a la hora de transformarlo, a través de excepciones, en un derecho de remuneración. La remuneración del titular, como contenido de su derecho, debe seguir siendo básicamente una excepción, y ello no se respeta cuando las excepciones se multiplican.

[40] Dicha regla, de origen anglosajón, está recogida en el art. 9.2 del Convenio de Berna cuyo texto dispone que: "Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor". En el Derecho español esta regla está plasmada en el art. 40 bis TRLPI que está situado sistemáticamente al final del Capítulo II, Titulo III que regula la materia relativa a los límites a los derechos de autor. Dicho precepto dispone que: "Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran". Sobre esta regla: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: "Os limites dos límites. A teoría dos tres pasos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e otras relativas à informação e a gestão dos direitos", *Los límites a los derechos de autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, 2006, pp. 87 y ss.

a los derechos de autor deben cumplir tres condiciones 1. Que se trate de supuestos particulares, que por ser excepciones a un derecho en principio exclusivo o ilimitado, deben ser interpretados de manera restrictiva. 2. Que no atenten contra la explotación normal de la obra. 3. Que no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor[41].
Desde estos planteamientos, la DDAMUD establece cuatro límites que deben ser *obligatoriamente adoptados por los Estados miembros*: en favor, de la minería de datos (art.3); de la educación *on line* (art. 5); la preservación cultural (art. 6) y el uso de las obras fuera del comercio por parte de las bibliotecas (art. 8)[42]. Nuestro estudio se va a limitar a las dos últimas excepciones.

Como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo de este trabajo, el carácter obligatorio de las excepciones era una cuestión planteada en las distintas normas comunitarias; se estimaba que la naturaleza facultativa de las excepciones dificultaba enormemente la armonización de soluciones en esta materia. En consecuencia, la naturaleza imperativa de estos límites debe valorarse muy positivamente; a fin de garantizar que estas excepciones no serán eliminadas por medio de acuerdos contractuales, el artículo 7.1 dispone que "Será inaplicable toda disposición contractual contraria a las excepciones establecidas en los artículos 3, 5 y 6". El fundamento de esta norma determina que deba proyectarse respecto de toda disposición contractual relativa (entre otros) a derechos de autor de los Estados miembros, incluso cuando la disposición en cuestión forme parte de un contrato internacional cuya ley aplicable sea la de un tercer Estado. A esta solución conduce la caracterización de las normas reguladoras de los límites y excepciones como relativas al alcance y caracterización de los derechos y, por lo tanto, regidas por la *lex loci protectionis*, de modo que quedan al margen de la *lex contractus*. El mismo resultado se alcanzaría de considerar que el artículo 7 responde a que las normas de los artículos 3, 5 y 6 establecen normas internacionales imperativas -en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento de Roma (I) aplicables a los contratos internacionales, cualesquiera que sea la ley del contrato- en la medida que tenga por objeto la explotación de derechos exclusivos de los Estados miembros[43].

---

[41] ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: op. cit. p.22 señala que hasta la Revisión del Convenio de Berna de 1971, la regla de los tres pasos estaba recogida en el art. 9.2 de dicho Convenio. Posteriormente, dicha regla fue incorporada a dos instrumentos internacionales: el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, Anexo I del Tratado de la OMC y en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de autor. Se debe aclarar que El Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.
[42]En tal sentido, el Considerando 5 de la DDAMUD señala que: En los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos que no están claramente enmarcados por las normas vigentes de la Unión sobre excepciones y limitaciones. Por otra parte, el carácter optativo de las excepciones y limitaciones establecidas en las Directivas 96/9CE, 2001/29/CE y 2009/24/CE en estos ámbitos pueden afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior, especialmente en el caso de usos transfronterizos, que ocupan un lugar cada vez más importante en el entorno digital. Es conveniente establecer excepciones o limitaciones obligatorias con respecto a los usos de tecnologías de minería de datos, la ilustración con fines educativos en el entorno digital y la conservación del patrimonio cultural. Se deben seguir aplicando las excepciones y limitaciones vigentes establecidas en el Derecho de la Unión, también a la minería de textos y datos, a la educación y a las actividades de conservación, siempre que no limiten el ámbito de aplicación de las excepciones o limitaciones obligatorias establecidas en la presente Directiva, que los Estados miembros deben transponer a su Derecho interno. Procede por tanto modificar las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.
[43]De MIGUEL ASENSIO, Pedro Miguel: "Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790, *La Ley Unión Europea*, nº 71, 2019, pp. 12 y 13.

En todo caso, lo dispuesto en el art. 7.1 de la DDAMUD tiene una enorme importancia pues solventa un problema que se produce con mucha frecuencia en este ámbito, cual es que en la práctica los acuerdos contractuales entre las bibliotecas y los titulares de los derechos se articulan a través de licencias de uso que se configuran como contratos de adhesión, los cuales en numerosas ocasiones son más restrictivos que las disposiciones legales[44].

Centrándonos en los límites que afectan al patrimonio cultural, la norma comunitaria regula dos supuestos: el primero afecta al derecho de reproducción y el segundo al derecho de comunicación pública. Analizaremos, a continuación, cada uno de ellos.

3.2. Conservación del patrimonio cultural

a. Justificación de la excepción

El legislador comunitario señala que las instituciones responsables del patrimonio cultural se dedican a la conservación de sus colecciones para futuras generaciones. Un acto de conservación de una obra u otra prestación protegida de la colección de una institución responsable del patrimonio cultural puede requerir la reproducción y, en consecuencia, necesitar la autorización de los titulares de los derechos correspondientes. Las tecnologías digitales abren nuevas vías para preservar el patrimonio conservado en dichas colecciones, pero también plantean nuevos desafíos, lo que exige adaptar el marco jurídico vigente estableciendo una excepción obligatoria al derecho de reproducción para hacer posible estos actos de conservación. No obstante, la existencia de diversos planteamientos adoptados por los Estados miembros respecto de los actos de reproducción para la conservación del patrimonio cultural dificulta la cooperación transfronteriza, la puesta en común de los medios de conservación y el establecimiento de redes de conservación transfronteriza por parte de las instituciones responsables de dicho patrimonio, dando lugar a un uso ineficiente de esos recursos. Ello puede repercutir negativamente en la conservación del patrimonio cultural. A fin de solventar dichos obstáculos, la DDAMUD señala que es necesario que los Estados miembros establezcan una excepción por la que se autorice a las instituciones del patrimonio cultural a reproducir obras y otras prestaciones que se hallen con carácter permanente en sus colecciones con fines de conservación, por ejemplo, para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o a la degradación de los soportes originales. Dicha excepción ha de permitir la realización de copias mediante las herramientas, medios o tecnologías de conservación adecuadas, en cualquier formato o medio, en la cantidad necesaria y en cualquier momento de la vida de una obra o prestación, en la medida necesaria exclusivamente para fines de conservación[45].

---

[44] En el Derecho inglés la reforma de *The Copyright Act* 1998 llevada a cabo por *The Copyright and Rights Perfomances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations* 2014, añadió un párrafo 7º al art. 42, relativo a la posibilidad de hacer copias de obras con fines de preservación o sustitución, en virtud del cual cuando los términos de un contrato pretendan impedir o restringir la práctica de cualquier acto que, en virtud de esta sección, no violaría derechos de autor, esta cláusula es inaplicable. Por tanto, se dispone que los términos de un contrato no pueden ser más restrictivos que lo previsto en la norma legal. En términos similares se pronuncia el art. 75.5 del Código Portugués de Derechos de autor al disponer que 5 — É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos nºs 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem libremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas (Redacção dada pela Lei 50/2004 de 24 de Agosto).

[45] Considerandos 25, 26 y 27 de la DDAMUD.

Es importante advertir que esta excepción de carácter obligatorio no elimina el límite facultativo previsto en el art. 5.2.c) de la DDASI; en consecuencia, cuando la DDAMUD se transponga al Derecho español, este límite obligatorio para fines de conservación del patrimonio cultural podrá coexistir con la posibilidad de realizar actos de reproducción para fines de investigación o estudio *ex* art. 37.1 TRLPI[46].

El acto permitido es únicamente la reproducción de la obra con fines de conservación. Por ello, aquellos actos de reproducción realizados por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos a la conservación de la obra necesitan la autorización del titular de los derechos, a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión.

b. La excepción al derecho de reproducción

El artículo 6 establece que*: Los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE , el artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1 de la presente Directiva, con el fin de permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y en cualquier soporte, con la única finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación*[47].

Una vez expuestos los términos en los que aparece recogida la excepción, vamos a analizar los requisitos de aplicación de este precepto.

---

[46] En el mismo sentido, OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: "Límite obligatorio al derecho de reproducción para fines de conservación en las instituciones de patrimonio cultural (art. 6 de la Directiva 2019/790/UE)", *Propiedad Intelectual y mercado único digital*, SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN Y EVANGELIO LLORCA, RAQUEL (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 283 y 284.

[47] La Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos dispone en su art. 5 a) que el autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base, susceptible de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar: a) la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma. Por su parte, el art. 7.1 de la misma norma señala que los Estados miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, cuando la obtención, verificación o la presentación de dicho contenido represente una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. El art. 4.1.a) de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, reconoce entre los derechos exclusivos que le corresponden al autor de un programa de ordenador el derecho de realizar o autorizar a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuera permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesiten la reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho. Finalmente, el art. 15.1 de la DDAMUD reconoce a las editoriales de las publicaciones en prensa establecidas en un Estado miembro los derechos de reproducción, de comunicación al público de obras y el de poner a disposición del público prestaciones protegidas, reconocidos respectivamente en los artículos 2 y 3.2 de la Directiva 2001/29CE para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

1º. Instituciones responsables del patrimonio cultural. Del tenor literal del art. 6 DDAMUD se desprende que únicamente estas instituciones son las que puedan realizar copias con fines de conservación. Ahora bien, ¿qué se entiende por institución responsable del patrimonio cultural? Las distintas normas que recogen los límites a los derechos de autor, en las que los beneficiarios del límite son instituciones culturales, ponen de manifiesto que no existe un concepto único de institución responsable del patrimonio cultural[48].

Así, el art. 5.2 DDASI contemplaba una excepción en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Por su parte, el párrafo primero del artículo 37 TRLPI que transpone dicha norma a nuestro ordenamiento realiza una enumeración de las entidades que son beneficiarias del límite: museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas y archivos. Dichas instituciones han de ser de titularidad pública o estar integradas en instituciones de carácter cultural o científico. Si comparamos el art. 37 TRLPI con el art. 5.2.c) de la DDASI es posible apreciar algunas diferencias importantes. 1. El texto español incluye en la lista de las instituciones beneficiarias de estos límites a las fonotecas, hemerotecas, que son instituciones no citadas en la norma comunitaria. 2. El artículo 37 no se fija en la actividad concreta de la institución, sino en la titularidad de ésta, pública o privada, o en su carácter cultural o científico, con los problemas de interpretación que ello conlleva. 3. Por último, mientras que la norma comunitaria incluye expresamente a los centros de enseñanza entre las entidades que pueden acogerse a dicha excepción, dichos centros no aparecen mencionados en el art. 37 TRLPI.

Por su parte, el artículo 1.1 de la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, se refiere a determinados usos de las obras huérfanas por parte de las bibliotecas, centros de enseñanza y museos accesibles al público, así como archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros, efectuados con el fin de alcanzar objetivos relacionados con la misión de interés público[49]. El art. 37.4 bis del TRLPI que transpone dicha Directiva al Derecho español incluye en su enumeración a los centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas. Únicamente a los organismos de radiodifusión se les exige que sean públicos, lo cual significa que los demás mencionados basta que sean accesibles al público, pero pueden ser de titularidad pública o privada[50].

---

[48] CARRANCHO HERRERO, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones culturales", op. cit. pp. 189 y ss.

[49] Sobre el ámbito subjetivo de la Directiva sobre obras huérfanas, véase: CURTO POLO, Mercedes: "La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias…", op. cit. pp.481 y ss.

[50] Afirma DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: "Las obras huérfanas en la Ley de Propiedad Intelectual y utilizaciones permitidas", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 38, 2017-2018, p. 302, que estos organismos y centros prácticamente coinciden con las entidades a las que se refiere el artículo 37.1 y 3 de la LPI respecto del límite que permite la reproducción de obras y la consulta mediante terminales; sin embargo, las utilizaciones que se pueden realizar por una y otra vía son diferentes. La excepción prevista en el artículo 37.1 de la LPI permite la reproducción de los elementos de sus colecciones, sin necesidad del consentimiento de los titulares de los derechos, únicamente cuando se haga sin finalidad lucrativa con fines de conservación o investigación. Por su parte, la puesta a disposición del público de los fondos digitalizados de acuerdo con el artículo 37.3 de la LPI solo puede hacerse en el propio establecimiento con fines de investigación. Por el contrario, el artículo 37 bis permite la digitalización masiva y la puesta a disposición de las obras huérfanas que formen parte de las coleccione de las entidades beneficiarias, con la posibilidad de dar acceso directo a ellas a través de cualquier plataforma digital, siempre que sirva para cumplir con la misión de interés público de la entidad y en particular cuando la finalidad sea cultural y

Finalmente, la DDAMUD entiende por institución responsable del patrimonio cultural a una *biblioteca, un museo accesible al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro*. En el Considerando 13 se aclara qué debe entenderse por instituciones responsables del patrimonio cultural; al respecto, se afirma que engloba a las bibliotecas y los museos accesibles al público, independientemente del tipo de obras o prestaciones que tengan en sus colecciones permanentes, así como los archivos y las instituciones de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro. También debe entenderse que incluyen, entre otras, las bibliotecas y los archivos nacionales, en lo que respecta a sus archivos y bibliotecas accesibles al público, así como a los centros de enseñanza, los organismos de investigación y los organismos de radiodifusión del sector público[51]. Estas instituciones son las únicas que pueden efectuar copias de las obras u otras prestaciones protegidas con la finalidad de su conservación. Sin embargo, nada se indica sobre el carácter público o privado de las instituciones, por lo que habremos de entender que quedan comprendidas tanto las públicas como las privadas[52].

En todo caso, deben ser instituciones accesibles al público. ¿Conlleva dicho requisito que el acceso al público debe ser general, o puede ser restringido? La DDAMUD no dice nada al respecto, pero como es sabido, precisamente para conservar mejor las obras, muchas de estas instituciones solo permiten que accedan un número limitado de personas. Ahora bien, si la finalidad es conservar las obras que forman parte del patrimonio cultural, resulta discutible la exigencia de que sean accesibles al público, pues en una interpretación a *sensu contrario*, podría llegarse a la conclusión de que si dicha institución no es accesible al público no podría digitalizar sus colecciones, aunque ello conllevara el peligro de su deterioro o destrucción.

En definitiva, el estudio de las directivas comunitarias revela que no existe una noción única de qué se entiende institución responsable del patrimonio cultural; dicho concepto debería ser único y en tal sentido estimamos que la DDAMUD, además de la enumeración, debería contener una definición clara al respecto.

De igual modo, también es susceptible de crítica que el legislador comunitario no defina que se entiende por *patrimonio cultural*, cuando además de nuevo no se emplea un término único al referirse a la digitalización y conservación del patrimonio. Así, por ejemplo, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, utiliza la expresión *material cultural*. ¿Son expresiones sinónimas? Para CARRANCHO HERRERO[53] el término patrimonio cultural parece más técnico que el de material cultural pues se refiere a los bienes protegidos por la normativa

educativa. Los organismos públicos de radiodifusión no aparecen como entidades beneficiarias en el artículo 37 de la LPI, pero sí se incluyen en el artículo 37 bis relativo a las obras huérfanas.

[51] En opinión de EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790", *Propiedad Intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, op. cit. p. 234 la enumeración no debe considerarse taxativa, de tal manera que si en el futuro aparecieran creaciones intelectuales expresadas en un soporte aún no conocido y se crearan entidades encargadas de su archivo y custodia con posibilidades de reproducción y puesta a disposición, deberían incluirse entre las entidades beneficiarias.

[52] CARRANCHO HERRERO, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones culturales", op. cit. p. 109 incluye también a las bibliotecas y archivos de las Universidades públicas en la medida que son titulares de bienes considerados como patrimonio cultural y pueden incluirse dentro de la categoría de centros de enseñanza.

[53] IDEM, op. cit. pp.191 y ss.

de protección de los bienes culturales o del patrimonio cultural, que quizás no abarque todo lo que puede considerarse material cultural. En el Considerando 1 de dicha Recomendación de 2011 se incluye dentro del concepto de material cultural a las publicaciones impresas (libros, revistas y periódicos), fotografías, piezas de museo, documentos de archivo, material audiovisual y de audio, monumentos y yacimientos arqueológicos.

2º. Obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en las colecciones de estas instituciones, en cualquier formato y en cualquier soporte. Como ya se ha apuntado, dentro de los materiales susceptibles de ser digitalizados por estas instituciones pueden encontrarse obras que se encuentran en dominio público y obras sobre las que todavía recaen derechos de propiedad intelectual. Las primeras pueden ser utilizadas libremente por cualquiera de forma gratuita, respetando siempre los derechos morales de autor (integridad y paternidad), sin que nadie pueda oponerse a ello[54]. Por el contrario, cuando estamos ante obras cuyos derechos de explotación aún siguen vigentes, en principio la reproducción de esa obra exigiría la autorización del titular de dichos derechos y, en su caso, el pago de la correspondiente remuneración. La existencia de ese límite determina que se pueda reproducir la obra sin la autorización del autor o de los titulares de los derechos de explotación, siempre que dicha reproducción se haga con la finalidad prevista en la norma, a la que luego haremos referencia.

Además, debe tratarse de obras u otras prestaciones que de forma permanente integren las colecciones de estas instituciones. El artículo 6 DDAMUD no define qué debe entenderse por de forma permanente; para tratar de aclarar esta expresión debe acudirse al Considerando 29 que dispone que, a los efectos de la presente Directiva, debe considerarse que las obras y otras prestaciones se encuentran de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural cuando las copias de dichas obras u otras prestaciones son propiedad de dicha institución u obran en su poder de forma permanente, por ejemplo, como consecuencia de una transmisión de la propiedad, acuerdos de licencias, obligaciones de depósito legal o acuerdos de custodia permanente[55]. En consecuencia, cuando la obra o prestación protegida se encuentra en poder de estas instituciones de una manera temporal, por ejemplo, como consecuencia de un préstamo, no podrán ser objeto de reproducción.

Igualmente, es preciso añadir que aunque la Directiva no lo indique expresamente, las obras que se digitalicen deben estar previamente divulgadas, ya que en caso contrario se infringiría el derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación de su obra.

---

[54] Como apunta ESPIN ALBA, Isabel: op. cit. pp. 48 y ss no estamos ante un supuesto de titularidad pública de un bien, sino de la posibilidad de libre utilización de objetos inmateriales; en el TRLPI la duración de la protección es el elemento que determina el paso al dominio público. Frente a esta concepción, señala esta autora, existe el dominio público funcional que incluiría aquellos trabajos que son voluntariamente compartidos por sus titulares o que por ley se permite su puesta a disposición del público; en este último supuesto estarían las obras huérfanas que por excepción legal o por licencia colectiva extendida están circulando libremente.

[55] En la Propuesta de Directiva, en el Considerando 21, solo se contemplaban dos supuestos en los que una obra se encuentra en poder de estas instituciones de manera permanente: la transmisión de la propiedad o los acuerdos de licencia. Posteriormente, se añadieron los supuestos de depósito legal y acuerdos de custodia permanente. Entre los modos a través de los cuales una institución de esta clase puede tener obras de forma permanente en sus colecciones cita CARRANCHO HERRENA, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones culturales", op. cit. pp. 199 y ss, el ejercicio de un derecho de adquisición preferente de bienes culturales, entrega de bienes para el pago de impuestos, o incluso, la cesión de bienes recuperados tras una exportación ilegal.

En cuanto a las obras que pueden ser reproducidas, queda por resolver la cuestión relativa a la posibilidad de reproducir obras que, aunque se considere que forman parte del patrimonio cultural, se encuentran protegidas por el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen; este sería el caso, por ejemplo de las fotografías o cartas. Al respecto, podría tenerse en cuenta lo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1985, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen que dispone que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas, aquellas actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

3º. Reproducción con la finalidad de conservar las obras u otras prestaciones protegidas y en la medida necesaria para esa conservación[56]. El citado artículo 6 establece una excepción obligatoria al derecho de reproducción con el único fin de conservación. La norma comunitaria no ofrece un concepto de reproducción, por lo que podemos tomar como referencia el previsto en el artículo 18 TRLPI que entiende por tal la fijación directa o indirecta provisional o permanente, por cualquier medio y de cualquier forma, de todo o parte de la obra que permita su comunicación y obtención de copias.

La reproducción debe tener por única finalidad la conservación, sin embargo no se define qué se entiende por conservar. En nuestra opinión se trata de un término equivalente a *preservación*. Es decir, la posibilidad de realizar la copia de una obra en previsión de su pérdida, deterioro, pero también cuando la obra esté agotada, descatalogada o resulte inaccesible. Ya hemos apuntado en este trabajo los problemas que plantea la preservación digital, ya que los medios digitales se degradan con gran rapidez y el rápido desarrollo tecnológico conlleva que los soportes a los que se incorporan las obras queden obsoletos en un breve periodo de tiempo. Precisamente, para hacer frente a dicho problema el legislador comunitario permite hacer copias con fines de conservación para superar la obsolescencia tecnológica, o a la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras u otras prestaciones protegidas.

Además de la posibilidad de hacer copias con fines de preservación, se incluye también la posibilidad de que las copias tengan por finalidad la *sustitución*, entendiendo por tal la realización de una copia específicamente para suplir un ejemplar de la biblioteca que se ha perdido o cuando, por otros motivos, no convenga poner el original a disposición del público.

¿Cuántas copias pueden hacerse? Sobre esta cuestión la DDAMUD no señala una cifra concreta. En el Considerando 27 únicamente se indica que se ha de permitir la realización de copias en la cantidad necesaria, en cualquier momento de la vida de una obra u otra prestación y en la medida necesaria para los fines de conservación. Hay pues una remisión a las circunstancias de cada caso concreto. Habrá que ver la forma en la que los Estados miembros transponen el art. 6 DDAMUD a fin de analizar si determinan el número exacto de copias que es lícito realizar.

[56] Ciertamente, el art. 6 no señala expresamente que el acto permitido sea la reproducción; sin embargo no cabe duda al respecto, ya que se alude a las copias. Por otra parte, los Considerandos 25 y 26 de la DDAMUD aluden expresamente a la reproducción. Más explícitamente, el Considerando 27 señala que los Estados miembros establecerán una excepción por la que se autorice a las instituciones responsables del patrimonio cultural *a reproducir obras u otras prestaciones*

Ahora bien, el legislador comunitario es consciente de que estas instituciones responsables del patrimonio cultural pueden no disponer de los medios o de los conocimientos técnicos para llevar a cabo por sí mismas los actos necesarios para conservar sus colecciones en el entorno digital; por ello se les permite recurrir a terceros. Aunque el art. 6 no lo prevé expresamente, si se hace referencia a dicha posibilidad en el Considerando 28 donde se admite la posibilidad de que puedan recurrir a la ayuda de otras instituciones culturales y otros terceros con tal fin. Por consiguiente, al amparo de dicha excepción se debe autorizar a estas instituciones a recurrir a terceros que actúan en su nombre y bajo su responsabilidad incluidos los establecidos en otros Estados miembros, para la realización de copias.

Finalmente se plantea la duda de si las copias digitalizadas realizadas generarían derechos de autor. Al respecto, durante la tramitación parlamentaria se suprimió el número 1 bis del artículo 5 de la Propuesta de Directiva[57] (ahora art. 6 DDAMUD) que disponía lo siguiente: "Los Estados miembros garantizarán que ningún material resultante de un acto de reproducción de material de dominio público esté sujeto a los derechos de autor u otros derechos afines, siempre y cuando tal reproducción sea fiel y tenga por objeto la preservación del material original". El hecho de que esta disposición no se haya mantenido en el texto definitivo puede plantear problemas de interpretación. Dicho de otro modo, ¿las copias digitales podrían ser consideradas como una transformación de la obra original y generar derechos de propiedad intelectual para su autor?

El artículo 21 del TRLPI regula el derecho de transformación, como uno de los derechos de explotación que le corresponden en exclusiva al autor de la obra. En el párrafo primero del precepto se afirma que la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive otra obra diferente. La distribución de los derechos de autor entre la obra original y la transformada se regula en el párrafo segundo, disponiéndose que los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderían al autor de esta última, sin perjuicio del derecho que ostenta el autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

El artículo 21 debe ponerse en conexión con el artículo 11 del mismo cuerpo legal que alude a la obra derivada, resultado de dicha transformación. En este contexto, es preciso señalar que la transformación de la obra original en una derivada puede ser realizada por el propio autor, o por un tercero, con el consentimiento del primero. En el segundo caso, y sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, el autor de la obra derivada ostenta derechos de propiedad intelectual sobre esa obra que ha resultado alterada o modificada.

El interrogante que se plantea es si la digitalización de una obra original que se realiza con fines de conservación puede calificarse como obra derivada y por tanto generar derechos de

[57] Dicha Propuesta es de 14 de septiembre de 2016, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593. Sobre la Propuesta de Directiva: SERRANO GÓMEZ, Eduardo: "La Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital: un paso más en la defensa de los creadores", en *Hay Derecho* https://hayderecho.expansion.com/2018/10/30/la-propuesta-de-directiva-de-derechos-de-autor-en-el-mercado-unico-digital-un-paso-mas-en-la-defensa-de-los-creadores/ y GONZÁLEZ GARCIA, Agustín: "Derechos de autor y Mercado Único Digital, una reforma en marcha", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 947, 2018, p. 8.

autor. Comparto con CARRANCHO HERRERO[58] la opinión de que dichas copias no generarían derechos de propiedad intelectual por varios motivos. En primer lugar, porque como advierte esta autora si algo caracteriza a la copia digital es que reproduce la obra original de forma fidedigna, hasta en sus más mínimos detalles, precisamente para que se pueda conservar, conocer e investigar sin perjudicar a la obra originaria; es más, en muchas ocasiones nos encontramos ante un proceso mecánico. Por tanto, en tal hipótesis la obra digitalizada carecería del requisito de la originalidad que se exige para las obras derivadas[59]. En segundo lugar, es preciso recordar que nos encontramos ante un límite o excepción de carácter obligatorio, lo que significa que en atención a un fin de interés público, determinadas instituciones culturales, sin el consentimiento del autor o del titular de los derechos de explotación, tienen la posibilidad de reproducir las obras que forman parte de sus colecciones de forma permanente con la finalidad de conservación del patrimonio cultural. Es evidente que no resulta muy coherente prescindir de dicha autorización y luego hacer copias que generarían derechos de autor. El artículo 6 DDAMUD señala que se pueden efectuar copias con la finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en *la medida necesaria para esa conservación*. El carácter restrictivo de los términos en los que se concede esta excepción parece ir en contra de la posibilidad de que estemos ante una obra transformada que genere, a su vez, derechos de autor. Finalmente, para interpretar el sentido de una norma hay que estar a sus antecedentes legislativos (art. 5 CC) y, sin duda, los términos en los que estaba redactado el art. 5 de la Propuesta constituyen un argumento más en favor de dicha solución. En tal sentido, hubiera sido deseable que dicho precepto se hubiera mantenido en la redacción final de la Directiva. Lógicamente, es posible que la reproducción de la obra constituya un acto de transformación que, por su originalidad, dé lugar a una obra derivada que genere derechos de propiedad intelectual sobre esta. Pero desde mi punto de vista no estaríamos en la hipótesis contemplada en el art. 6 DDAMUD.

3.3. Uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial

a. ¿Por qué un régimen específico para las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial?

Como hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, desde principios del siglo XXI la UE ha prestado una atención especial a los proyectos de digitalización en masa de las colecciones de determinadas instituciones, a fin de conservarlas y ponerlas a disposición del público. Ciertamente, la DDASI permitía la consulta de obras sin autorización del titular de derechos, a través de terminales especializados instalados en determinados establecimientos para finalidades de estudio e investigación. Sin embargo, los documentos publicados por la UE sobre esta cuestión pusieron de manifiesto que esta excepción no respondía a las necesidades y posibilidades tecnológicas actuales; por ello se consideraba imprescindible ampliar el ámbito de esta excepción, si bien limitando su aplicación a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial. En una primera aproximación, cabe definir esta categoría como aquellas obras o prestaciones que no están disponibles para el público en los canales comerciales habituales;

[58] "Contenidos digitales e instituciones culturales", op. cit. pp. 185 y ss.

[59] En el mismo sentido, MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia: "Comentario al artículo 21", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 444.

son obras respecto de las cuales quién podría y, a veces debería, explotar las obras, por la razón que sea no lo hace [60].

¿Qué especial problemática presentan estas obras que justifican un régimen específico?[61] El legislador comunitario parte de la premisa de que las instituciones responsables del patrimonio cultural han de contar con un marco claro para la digitalización y difusión, en particular a través de las fronteras, de las obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial. Sin embargo, las especiales características de este tipo de obras, unido al volumen de estas que se incluyen en los proyectos de digitalización a gran escala, conlleva que pueda ser extremadamente difícil obtener la autorización previa de todos los titulares de derechos individuales. Ello puede deberse, por ejemplo, a la antigüedad de las obras o prestaciones, a lo limitado de su valor comercial, al hecho de que nunca estuvieron destinadas a usos comerciales, o a que nunca se explotaron comercialmente[62].

Ante este panorama se consideró que era necesario establecer medidas que posibilitaran determinados usos de estas obras. Ahora bien, ¿qué tipo de medidas? Vista la imposibilidad de obtener la autorización de los titulares de derechos de forma individual, la solución era la gestión colectiva. No obstante, con carácter general, las entidades de gestión colectiva solo

[60] EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras..." op. cit. pp. 218 y ss y "Estrategias...", op. cit. pp. 19 y 20. Señala esta autora que la denominación de obras y prestaciones «fuera del circuito comercial» es relativamente reciente. Por lo que se refiere al ámbito de la UE, con carácter general y hasta el año 2011, la denominación utilizada era la de «obras agotadas» que son aquellas respecto de las que no existen ejemplares disponibles. Puntualmente, no obstante, se usó el calificativo de obras y prestaciones «fuera de distribución» (Informe del Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo: Un nuevo Renacimiento); sin embargo, esta expresión resultaba demasiado restrictiva porque se refiere exclusivamente a una forma de explotación concreta, la distribución, dejando fuera la comunicación pública. Desde 2011, en el ámbito comunitario se utiliza la expresión obra fuera del circuito comercial, mucho más omnicomprensiva. En España, tradicionalmente se ha hablado de obras «descatalogadas», por ser esta la expresión recogida (exclusivamente para libros) en el art. 10.1 de la Ley 10/2017, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas; también se ha utilizado la expresión obras fuera del comercio, la cual puede crear confusiones debido a su significado tradicional en el Derecho civil. XALABARDER PLANTADA, Raquel: "Las obras «huérfanas» y las obras descatalogadas", *Noticias de la Unión Europea*, disponible en https://studylib.es/doc/4444516/las-obras-%E2%80%9Chu%C3%A9rfanas%E2%80%9D-y-las-obras-descatalogadas señala que el debate en torno a las obras descatalogadas se centra fundamentalmente en el ámbito contractual entre el editor y el autor, en el encuentro (o desencuentro) de sus intereses respectivos y, solo en segunda instancia alcanza al público en general; en parecidos términos, ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 159.

[61] A juicio de CURTO POLO, Mercedes: "El destino de los libros olvidados", *European papers*, 2017, vol. 2, n.2. pp. 732 -733 y "La propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias...", op. cit. pp. 476 y 495 el principal problema de las obras fuera del circuito comercial es lo complicado que puede ser dirigirse a los titulares de derechos a fin de que otorguen su consentimiento para hacerlas accesibles al público. Esta dificultad afecta particularmente a las instituciones de promoción cultural que, al amparo de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, pretenden que se les otorgue un papel fundamental en la digitalización de los materiales analógicos con vistas no solo a su preservación a largo plazo, sino también a facilitar la accesibilidad a los mismos mediante los medios que ofrecen las nuevas formas de comunicación a distancia (consulta *in situ*, préstamo de ejemplares, puesta a disposición en línea). Sin embargo, esta actividad transciende claramente las posibilidades de actuación de estas instituciones al amparo de las excepciones contempladas en la legislación vigente. Las instituciones comunitarias han sido conscientes de estas dificultades y por ello han abordado el establecimiento de un marco contractual bajo el que queden legitimados ciertos usos de estas obras con fines de promoción cultural. La necesidad de logar una armonización en esta materia en los distintos Estados miembros quedó patente en la STJUE de 16 de noviembre de 2016 (asunto Marc Soulier y Sara Doke) comentada por esta autora en "El destino de los libros olvidados", op. cit. pp. 736 y ss.

[62] Cdo 30 DDAMUD.

pueden otorgar licencias en nombre de los titulares de derechos que así se lo hayan encomendado, lo cual deja fuera, en primer lugar, todas aquellas obras cuyos titulares de derechos no son miembros de estas organizaciones, y en segundo lugar, a aquellos que no han celebrado un contrato de gestión con las mismas que los convierta en sus administrados (los denominados *outsiders* en inglés[63]). Pues bien, para que la digitalización masiva resultara económicamente viable en la práctica, la solución que se adoptara exigía que el acuerdo de licencia se aplicara también a los titulares de derechos que no han otorgado un mandato a tal fin a la entidad de gestión colectiva[64]. Ello justifica que la DDAMUD considere que todos los Estados miembros deben de disponer de *mecanismos jurídicos* que permitan que las licencias expedidas por entidades de gestión colectiva pertinentes y suficientemente representativas y destinadas a instituciones responsables del patrimonio cultural para determinados usos de este tipo de obras, *se apliquen también a los derechos de los titulares de derechos que no hayan otorgado mandato a tal fin a la entidad de gestión colectiva representativa*[65].

Sin embargo, de nuevo el interrogante que se planteaba era cuáles debían ser estos mecanismos. Al respecto, el propio legislador comunitario apuntaba algunos de ellos: la concesión de licencias colectivas ampliadas, los mandatos legales o las presunciones de representación[66]. En todo caso, el principio fundamental en esta materia es que el marco establecido por la Directiva debe ofrecer flexibilidad a los Estados miembros para elegir la fórmula que deseen de conformidad con sus tradiciones, prácticas y circunstancias jurídicas[67]. En este contexto y a la vista de la especial problemática que planteaban las obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial, la UE decidió intervenir a fin de dotar a esas obras de un régimen jurídico específico que solucionara las dificultades expuestas[68]. Dicho régimen está

---

[63] Definidos por Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. p. 32 "as authors of works which are not represented by the organization. In other words *outsiders* refers to national and foreign right holders who are not members of the organization, as well as heirs of deceased authors. It has been claimed in the legal literature that an *outsider effect* is present also if a use is not authorized explicitly in the agreement between an author and his CMO".

[64] EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras…", op. cit. pp. 221 y ss.

[65] Cdo 31 DDAMUD.

[66] Lucie GUILBAUT y Simone SCHROFF: "Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Right Holders", *IIC*, 2018, pp. 1-24, disponible en https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-018-0748-5 (Consulta el 18 de mayo de 2020) señalan que para que la digitalización masiva sea económicamente viable en la práctica, se debe encontrar una solución que permita integrar a tantos propietarios de derechos como sea posible, incluidos los no miembros. En principio, esto se puede lograr de una de estas tres maneras: licencias obligatorias legales, acuerdos voluntarios y Licencias Colectivas Extendidas (ECL). Esta última posibilidad tiene la ventaja de facilitar significativamente el proceso de licencia, pues incluso aunque no todos los titulares de derechos están identificados, los acuerdos de licencia se pueden celebrar. Al mismo tiempo, proporciona a los titulares de derechos una remuneración más alta que los sistemas de licencias obligatorias. Sobre esta cuestión véase también Johan AXAMN Y Lucie GUIBAUT: op. cit. pp. 51 y ss

[67] Considerando 33 DDAMUD. No obstante, es posible que las licencias colectivas no sean la solución idónea en todos los casos, debido a que las instituciones responsables del patrimonio cultural pueden tropezar con obstáculos de distinto tipo. Así, es posible que no exista una práctica de gestión colectiva para los derechos de determinados tipos de obras o prestaciones; tal es el caso de las obras audiovisuales, especialmente las cinematográficas, donde el licenciamiento comercial se suele realizar directamente por los titulares de derechos. De igual forma, es posible que la entidad de gestión no sea suficientemente representativa, o incluso no existan entidades de gestión en relación con obras que nunca han sido comercializadas, como postales, cartas, diarios, archivos etc.

[68] Previamente, la Unión Europea había auspiciado la elaboración de un Memorandum de entendimiento sobre los principios claves en materia de digitalización y ofertas de obra fuera del circuito comercial, firmado el 20 de septiembre de 2011 por representantes de bibliotecas, autores editores y entidades de

previsto en los artículos 8 a 11 de la DDAMUD que pretenden establecer ese marco jurídico claro al que hacía referencia el legislador comunitario en el Cdo 30; su objetivo es que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan llevar a cabo la digitalización y difusión transfronterizas de las obras fuera del circuito comercial que integran de forma permanente sus colecciones. Vistas pues las razones de esta regulación específica y, antes de analizar las soluciones previstas en la Directiva, determinaremos con más exactitud a qué tipo de obras se aplica dicha regulación.

b. Ámbito objetivo de aplicación del régimen específico. Noción de obras y prestaciones fuera del circuito comercial

El régimen previsto en los artículos 8 a 11 de la DDAMUD se aplica a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial que se hallen de forma permanente en la colección de las instituciones responsables del patrimonio cultural. Al respecto, el artículo 8.5 de la DDAMUD señala que: *Se considerará que una obra o prestación está fuera del circuito comercial cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para determinar si está a disposición del público*.

En primer lugar, parece conveniente diferenciar la obra fuera del circuito comercial de la obra huérfana, pues ambas tienen en común la dificultad de los usuarios para tener acceso lícito a las mismas. La obra huérfana es una obra protegida por el derecho de autor cuyo titular no se puede identificar y/o localizar; se trata, por tanto, de una obra que no necesariamente se encuentra fuera del circuito comercial; por el contrario, ésta es una obra protegida, con titulares identificados, pero que no está a disposición del público en los canales comerciales habituales[69]. De igual modo, la solución que ha dado el legislador comunitario ha sido distinta para cada una de estas categorías de obras. Según pusimos de manifiesto, en el caso de la obra huérfana la Directiva 2012/28/UE de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, introdujo un límite de obligada transposición por todos los Estados miembros. Respecto del Derecho español, dicha transposición se realizó añadiendo un artículo

gestión colectiva europea y conocido por su acrónimo MoU; en palabras de ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 161 se hace una apuesta por el mecanismo de licenciamiento en el sector del libro, consensuado entre los agentes económicos implicados. Ahora bien, ese consenso solo se consiguió en el ámbito de los libros y de las revistas especializadas.

[69] XALABARDER PLANTADA: Raquel: op. cit. p.2 define estas obras como aquellas que estando protegidas todavía por el derecho de autor, es difícil, cuando no imposible identificar o localizar a sus titulares para recabar la debida autorización para la explotación de la obra, ya sea porque en el original o en la copia de la obra no aparece identificado el autor, o porque aún cuando esté identificado es difícil la localización del titular de derechos, que puede haber ido variando tras sucesivas ediciones a lo largo del tiempo. Por su parte, Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage in the digital environment: Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a focus on access to out-of-commerce works", *CEIPI Research Paper* n. 18-11 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3287734 (Consulta el 20 de mayo 2020) definen estas obras o prestaciones cómo aquellas en las que todas sus traducciones, versiones y manifestaciones no están a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no puede esperarse razonablemente que lo esté.

37 bis al TRLPI por el artículo 1.6 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre[70]; por el contrario, en el caso de las obras fuera del circuito comercial, la DDAMUD ha establecido como solución preferente la licencia colectiva con efecto ampliado y, con carácter subsidiario, una excepción obligatoria.

En segundo lugar, es preciso examinar con detalle los requisitos exigidos en el art 8.5 DDAMUD para poder calificar a una obra como fuera del circuito comercial.

1º. Que pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales. Puede decirse, por tanto, que el elemento clave es la *indisponibilidad*. ¿Qué debe entenderse por tal? La norma comunitaria delimita el concepto de disponibilidad para aclararnos cuándo debe entenderse que una obra está o no disponible en algunos supuestos que podrían inducir a una cierta confusión. Así, se afirma que cuando una obra u otra prestación esté disponible *en cualquiera de sus distintas versiones, como ediciones posteriores de obras literarias y versiones diferentes de obras cinematográficas, o en cualquiera de sus distintas manifestaciones, como los formatos digital e impreso de una misma obra, no debe considerarse que esa obra u otra prestación está fuera del circuito comercial* (Cdo 37). A la inversa, la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas o adaptaciones audiovisuales de una obra literaria, no deben impedir que una obra u otra prestación en una lengua determinada se considere que está fuera del circuito comercial[71]. La disponibilidad pública debe evaluarse en los canales habituales, lo

[70] BOE de 15 de noviembre de 2015. El art 37 bis TRLPI define a la obra huérfana como aquella cuyos titulares de derechos no están identificados, o de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de
los mismos. Al respecto, DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: op. cit. p. 303 advierte que en esta definición no se han tenido en cuenta los fonogramas, a pesar de que la Directiva al establecer el concepto de obras huérfanas incluye estos objetos
de propiedad intelectual (art. 2.1). La pregunta es entonces si los fonogramas quedan excluidos del artículo 37 bis de la LPI. En opinión de esta autora la respuesta debe ser negativa pues a pesar de que los fonogramas no aparecen en la definición de obras huérfanas, sí se incluyen en el apartado 4 del artículo 37 bis de la LPI, dentro del listado de obras y prestaciones concretas que las entidades beneficiarias pueden reproducir y poner a disposición del público, y además en el apartado 6, letras a) y c), y en la Disposición Transitoria Vigésima Primera. Por otro lado, no se ha previsto en el libro segundo de la LPI un límite equivalente al del artículo 37 bis para los fonogramas, que hubiera sido lo lógico en caso de haberse optado por reservar el precepto a las obras en sentido estricto. Por tanto, hay que entender que a pesar de la omisión señalada, cuando el artículo 37 bis de la LPI utiliza la expresión «obras huérfanas» no se refiere únicamente a las obras que reúnen los requisitos del artículo 10 de la LPI, sino a las obras y a los fonogramas respecto de los que no estén identificados los titulares de los derechos de propiedad intelectual, o que aún estando identificados no estén localizados. En el caso de los fonogramas el límite entra en juego incluso cuando la fijación de sonidos no recae sobre la ejecución de obras, tratándose del registro de otras realidades sonoras (art. 114.1 LPI).

[71] El art. 7.2 de la Propuesta de Directiva disponía que se considerará que una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial cuando la totalidad de la obra u otra prestación, en *todas sus traducciones, versiones y manifestaciones*, no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no pueda esperarse razonablemente que lo esté. Como puede apreciarse, en la redacción final se ha considerado que la obra no está fuera del circuito comercial si está disponible en cualquiera de su versiones o manifestaciones; por el contrario, la disponibilidad de adaptaciones no impide que se considere fuera del circuito comercial. Compartimos la opinión de EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras…", op. cit. p. 228, de que ese distinto tratamiento es lógico. Las distintas versiones y manifestaciones no modifican la esencia de una obra o prestación, que sigue siendo la misma; en cambio, las adaptaciones pueden percibirse como obras o prestaciones distintas, destinadas a diferentes mercados y, por tanto, no competitivas. De ahí, que pueda estimarse acertado que se haya eliminado la

cual exige un esfuerzo razonable. En tal sentido, la disponibilidad limitada de una obra u otra prestación, como su disponibilidad en tiendas de segunda mano, o la posibilidad teórica de poder obtener una licencia para una obra u otra prestación, no debe considerarse como disponibilidad para el público en los canales comerciales habituales (Cdo 38)[72].

2º. La certeza sobre la indisponibilidad de la obra no tiene que ser absoluta. Para el legislador es suficiente que *pueda presumirse de buena fe* que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para comprobar su disponibilidad[73].

¿Cuándo debe estimarse que se ha hecho ese esfuerzo razonable? Sin duda estamos ante un concepto indeterminado y, de nuevo, se nos ofrecen algunas pautas que permiten delimitar dicha expresión. Así, en primer lugar, ese esfuerzo razonable no debe implicar una acción repetida en el tiempo, pero sí debe implicar tener en cuenta cualesquiera pruebas fácilmente accesibles de la disponibilidad futura de las obras u otras prestaciones en los canales comerciales habituales. En segundo lugar, no es preciso llevar a cabo una evaluación individual de cada obra, salvo que se considere razonable, teniendo en cuenta la disponibilidad de información pertinente, la posibilidad de la disponibilidad comercial y el coste esperado de la operación. En tercer lugar, normalmente, la comprobación de la disponibilidad de una obra u otra prestación debe tener lugar en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural, a menos que se considere razonable una comprobación transfronteriza; por ejemplo, en los casos en los que se cuenta con información fácilmente

---

exigencia de que la obra esté indisponible en todas sus traducciones, pues con ello se habría dejado fuera de la categoría de obras fuera del comercio muchas obras traducidas pero que no son susceptibles de ser sustituidas por el original. En parecidos términos se pronuncian Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage…", op. cit. p. 9

[72] EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras…", op. cit.p. 227 defiende que no cabe hablar de disponibilidad limitada cuando las obras vendidas en tiendas de segunda mano se integran en los canales de Internet y pasan a formar parte de la oferta de grandes operadores, como Amazon o de portales en línea especializados en obras antiguas, raras o descatalogadas como *Uniliber*, *Vialibri* o Todocolección. Por otro lado, surge el interrogante de si pueden considerarse como canales comerciales habituales los canales emergentes a los que los autores recurren para revivir sus creaciones (auto-ediciones o auto-distribuciones digitales sin ISBN, post en páginas webs etc. En el mismo sentido, SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive:Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knotof mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I" quién considera que las diferentes percepciones sobre la noción de canales de comercio tradicionales pueden fragmentar aún más el estado de las obras fuera del comercio en la UE y Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market-How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union", *JIPITEC*, n.240, pp. 248 y 249 disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4803 (Consulta 21 de mayo 2020).

[73] Critican Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage …", op. cit. p. 8, la indefinición de elementos tales como los «canales comerciales habituales» o el «esfuerzo razonable»,. Por su parte, SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knotof mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part II", *Kluwer Copyright Blog*, 5-8-2019, disponible en http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-ii (Consulta el 21 de mayo 20202), valora positivamente que el mecanismo legal establecido en los artículos 8-11 se aleje del instrumento oneroso de búsqueda diligente de la Directiva de obras huérfanas; al respecto, apunta que podría servir como prototipo para futuras leyes de derechos de autor de la UE.

disponible según la cual una obra literaria se publicó por primera vez en una versión lingüística determinada en otro Estado miembro[74].

Sin duda, la noción de esfuerzo razonable constituye la pieza clave del sistema, pues funciona como prueba de que se han puesto todos los medios necesarios para comprobar si la obra está a disposición del público, impregnando de legitimidad el uso de estas categorías de obras. De igual modo, constituyen una garantía para los beneficiarios de esos usos[75]. Ahora bien, ¿quién tiene que llevar a cabo ese esfuerzo razonable para determinar si la obra u prestación está disponible? El legislador comunitario no se pronuncia sobre esta cuestión; se limita a decir que los Estados miembros deben poder decidir libremente sobre la atribución de responsabilidades al hacerse ese esfuerzo razonable. La respuesta va a estar íntimamente conectada a las soluciones propuestas por la Directiva. En el supuesto de la licencia colectiva ampliada, la responsabilidad de llevar a cabo esa búsqueda deberán hacerlo las entidades de gestión colectiva, en la medida que son ellas las que perciben las cantidades recibidas en nombre de los titulares de derechos; en la hipótesis de la excepción obligatoria, el esfuerzo razonable, a fin de delimitar la disponibilidad de la obra, corresponde a las instituciones responsables del patrimonio cultural, beneficiarias del límite[76].

Hasta este momento hemos analizados los requisitos generales, a efectos de determinar si una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial. No obstante, el párrafo segundo del art. 8.5 DDAMUD permite que los Estados miembros establezcan requisitos específicos como *una fecha límite* para determinar si las obras o prestaciones pueden ser objeto de licencias o usadas al amparo de la excepción. Estos requisitos no serán más estrictos de lo que es necesario y razonable y no excluirán la posibilidad de calificar a una colección o conjunto de obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial en su totalidad, cuando se pueda presumir razonablemente que todas las obras o prestaciones que la integran están fuera del circuito comercial[77]. En nuestra opinión, esa libertad otorgada a los Estados miembros para establecer fechas límites distintas, o para establecer requisitos específicos puede dificultad la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y, en última instancia, restar seguridad jurídica a los proyectos de digitalización masiva transfronterizos[78].

---

[74] Cdo 38 DDAMUD.

[75] En términos similares para las obras huérfanas, ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 179.

[76] Como se ha dicho, la Directiva sobre obras huérfanas introdujo un límite de obligada transposición por todos los Estados miembros. Al respecto, ESPIN ALBA, Isabel: IDEM p. 180 y DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: op. cit. p. 310 están de acuerdo en afirmar que la responsabilidad de realizar y documentar la búsqueda diligente corresponde a las entidades autorizadas para el uso de la obra. Sobre Propuesta de Directiva, la XALABARDER PLANTADA, Raquel: op. cit. pp. 16 y ss, y EVANGELIO LLORCA, Raquel: "Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas", *La Ley*, nº 7884, 2012, pp. 1-8.

[77] Dichos requisitos específicos se establecen precisamente en atención a las particularidades de los distintos tipos de obras y otras prestaciones en lo que respecta a los modos de publicación y distribución. Antes de establecer estos requisitos es conveniente que los Estados miembros consulten a los titulares de derechos, a las instituciones responsables del patrimonio cultural y a las entidades de gestión colectiva (Cdo 37 *in fine*).

[78] En el mismo sentido se pronuncian Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage …", op. cit. p 8 y SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knotof mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I"; esta autora considera que la armonización en torno al concepto de obras fuera del comercio en la UE se puede ver socavado por ese poder de discreción que se le concede a los Estados miembros de fijar diferentes fechas límite, poniendo como ejemplo el caso de las soluciones nacionales alemanas y francesas, donde el alcance de la ley se limitaba a trabajos publicados antes de los años 1966 y 2001, respectivamente.

3º. Modalidades de obras u otras prestaciones que pueden ser declaradas fuera del circuito comercial. Dada la gran variedad de obras y otras prestaciones que poseen las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural, pueden entrar en esta categoría todo tipo de obras. Entre ellas, las fotografías, los programas informáticos, los fonogramas, las obras audiovisuales, las obras de arte únicas, incluyendo las que en algún momento han estado disponible en el circuito comercial. De igual modo, también pueden incluirse obras que nunca han estado en el circuito comercial, como los pósteres, folletos, periódicos de trinchera, obras audiovisuales de aficionados etc.

Por el contrario y de acuerdo con lo previsto en el art. 8.7 DDAMUD, el régimen previsto en dicho precepto no se aplicará a los conjuntos de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial si, sobre la base del esfuerzo razonable a que se refiere el apartado 5 de dicho precepto, hay pruebas de que dichos conjuntos se componen preponderantemente de: a) obras u otras prestaciones que no sean obras cinematográficas o audiovisuales, publicadas por primera vez o, a falta de publicación, emitidas por primera vez en un tercer país. b) obras cinematográficas o audiovisuales cuyos productores tengan su sede o residencia habitual en un tercer país. c) obras u otras prestaciones de nacionales de un tercer país cuando tras un esfuerzo razonable no se haya podido determinar un Estado miembro o un tercer país, según las letras a) y b). Se exceptúa el caso de que la entidad de gestión colectiva sea suficientemente representativa de los titulares de derechos del tercer país de que se trate. La clave de la excepción está entonces en determinar cuándo una entidad se considera suficientemente representativa. Volveremos sobre este punto al analizar las soluciones previstas en la DDAMUD. La razón de la exclusión prevista en el art. 8.7 c) son motivos de cortesía internacional (Cdo 39), adoptándose, de nuevo, un criterio muy similar al de las obras huérfanas[79]. Sin embargo, un sector de la doctrina considera insuficientes estos motivos ya que las licencias colectivas obligatorias no son una excepción o limitación a los derechos de autor y, por tanto, respecto de ellas no se aplica el test de los tres pasos, ni hay problema en relación con el cumplimiento de compromisos internacionales. Y en cuanto a la excepción o limitación, porque es compatible con el test de los tres pasos, en la medida en que se refiere a un caso especial relativo a las obras fuera del comercio y a las entidades responsables del patrimonio cultural y no choca con la explotación de la obra, ni perjudica injustificadamente los intereses de los titulares de derechos[80].

4º. Las obras o prestaciones deben hallarse de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural. Respecto de qué debe entenderse por de forma permanente y la noción de institución responsable del patrimonio cultural, nos remitimos a lo ya expuesto en relación con la excepción del derecho de reproducción para la conservación del patrimonio cultural.

[79] En efecto, el Considerando 12 esta Directiva, por similares motivos de cortesía internacional se aplica "solo a obras y fonogramas cuya primera publicación se efectúe en el territorio de un Estado miembro o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión se lleve a cabo en el territorio de un Estado miembro o, a falta de publicación o radiodifusión, cuya puesta a disposición del público por los beneficiarios de la presente Directiva se realice con el consentimiento de los titulares de derecho"; sobre esta cuestión, DE MIGUEL ASENCIO, Pedro A: "Mercado único digital…", op. cit. pp. 14-16.

[80] Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage …", op. cit. p. 20 y Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market…", op. cit. pp. 248 y 249.

c. Soluciones adoptadas para el uso de las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial

El art. 7 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea preveía la licencia colectiva con efectos ampliados como única solución para llevar a cabo la digitalización masiva y puesta a disposición del público de las obras y prestaciones que están fuera del comercio. Por el contrario, la DDAMUD prevé dos posibles mecanismos para realizar la digitalización y uso de esta categoría de obras. La solución principal es que una entidad de gestión colectiva celebre con las instituciones responsables del patrimonio cultural acuerdos de licencia colectivas con efecto ampliado (art. 8.1); como solución subsidiaria se establece una excepción o limitación obligatoria (art. 8.2). Analizaremos cada una de ellas.

1. Licencias colectivas con efecto ampliado[81]

El art. 8.1 DDAMUD dispone que "los Estados miembros dispondrán que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales con una institución responsable del patrimonio cultural a los fines de la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y se hallan de forma permanente en la colección de la institución, con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión colectiva".

1.1. Sujetos a los que obliga: Como ya se ha expuesto, todos los titulares de derechos que no hayan ingresado como miembros de una entidad de gestión colectiva deben considerarse *no miembros*; entre éstos cabe diferenciar los administrados y los no administrados o mero representados. Los primeros son aquellos sujetos que han celebrado un contrato de gestión con dicha entidad, en virtud del cual adquieren la condición de administrados de la entidad, pero no devienen socios o miembros; los segundos son los que no han celebrado ningún contrato de gestión de derechos. Del tenor literal de la norma se deduce que, precisamente, es a ese titular de derechos no administrado o no mandante al que, en virtud del régimen de licencias con efecto ampliado previsto en el art. 8.1 DDAMUD, se va a extender el contrato de licencia concluido entre la entidad de gestión colectiva y la institución responsable del patrimonio cultural.

La entidad de gestión colectiva es definida por la Directiva 2014/26/UE como toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o ii) carecer de ánimo de lucro[82].

[81] Un amplio estudio sobre este modelo en los países nórdicos realizan Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. pp. 25 y ss.

[82] La Directiva 2917/26/UE se incorporó al ordenamiento jurídico español por la Ley 2/2019, de 1 de marzo. El nuevo art. 147 en su párrafo 1º exige que estas entidades obtengan la autorización previa del Ministerio de Cultura y Deportes. Por su parte, el art. 147.2 TRLPI dispone que las entidades de gestión colectiva son

¿Quiénes tienen la consideración de miembros de las entidades de gestión colectiva? De acuerdo con lo previsto en el art. 3 d) de la norma comunitaria adquiere esta condición un titular de derechos o una entidad que represente a titulares de derechos, incluidas otras entidades de gestión colectiva y asociaciones de titulares de derechos, que cumpla los requisitos para ser miembros de la entidad de gestión colectiva y sea admitido por ella. Todos los que no estén incluidos en esta definición tiene la consideración de no miembros de la entidad. Ahora bien, según se ha dicho, dentro de esta categoría cabe distinguir entre los *administrados y los no administrados* o meros representados. Los primeros son los titulares de derechos que tienen una relación jurídica directa por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, pero no son miembros de ellas[83]. Así pues, dejando a un lado los supuestos de administración por ministerio de la ley (como los de gestión colectiva obligatoria), si un titular quiere que una entidad de gestión colectiva administre sus derechos de propiedad intelectual, debe celebrar con ella un contrato de gestión en virtud del cual adquiere la condición de administrado de la entidad, pero no deviene socio o miembro suyo. Es al titular de derechos, no miembro o socio de la entidad, pero cuyos derechos se administran por ella en virtud de un contrato de gestión al que cabe denominar titular de derechos administrado, reservando la denominación titular de derechos no administrado para el que no ha celebrado dicho contrato de gestión. Y es, precisamente, a ese titular de derechos no administrado, o no mandante al que, en virtud del régimen de licencias con efecto ampliado previsto en el art. 8.1 DDAMUD, se va a extender el contrato de licencia concluido entre la entidad de gestión colectiva y la institución responsable del patrimonio cultural[84].

Sin duda, contar con un sistema de gestión colectiva riguroso y eficaz constituye un requisito imprescindible para que la licencia colectiva produzca estos efectos ampliados (Cdo 34). La Directiva 2014/26/UE establece un sistema que pretende responder a ese modelo estableciendo

---

propiedad de sus socios y estarán sometidas al control de los mismos, no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen y, en particular, hacer efectivos los derechos a una remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en esta ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.

[83] Así, el art. 7 de la Directiva 2014/26/UE bajo la rúbrica *Derechos de los titulares de derechos que no sean miembros de la entidad de gestión colectiva* dispone que los Estados miembros velarán por que las entidades de gestión colectiva cumplan las normas establecidas en el artículo 6, apartado 4 - derecho a revocar la autorización concedida- el artículo 20 -obligación de facilitar determinada información- el artículo 29, apartado 2, y el artículo 33 -relativos a la concesión de licencias multiterritoriales- *en relación con los titulares de derechos que tengan una relación jurídica directa por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual con ellas pero no sean miembros de las mismas*. Por su parte, el art. 156.6 TRLPI señala que las entidades de gestión reconocerán a los titulares de derechos que, sin ser miembros, posean una relación jurídica con ellas en virtud de la ley o por contrato, el derecho a comunicarse electrónicamente con ellas; los derechos de información previstos en los artículos 172.2 y 183.1, letras a) y b); y el derecho a plantear una reclamación o una queja conforme al procedimiento previsto en sus estatutos.

[84] EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras…", op. cit. p.237 y ss. Al respecto, es preciso señalar que el art. 5.7 de la Directiva 2014/26/ UE dispone que en los supuestos en que un titular de derechos autorice a una entidad de gestión colectiva a gestionar sus derechos, otorgará consentimiento *explícito* para cada derecho o categoría de derechos o tipo de obras y otras prestaciones que autorice a la entidad de gestión colectiva a gestionar. Todo consentimiento deberá constar por *escrito;* en similares términos se expresa el art. 157 TRLPI. El art. 8.1 de la DDAMUD se configura pues como una clara excepción a lo dispuesto en estas normas.

normas en materia de buena gobernanza, transparencia e información, garantizando tanto la distribución como los pagos regulares, diligentes y exactos de los importes adeudados a los titulares de derechos individuales[85].

1.2. Alcance de la licencia. En lo relativo a esta cuestión, en términos generales se estará a lo previsto en el acuerdo suscrito por la entidad de gestión colectiva y la entidad responsable del patrimonio cultural, pero siempre que se respete lo dispuesto en el art. 8.1 DDAMUD: debe ser una licencia no exclusiva para fines no comerciales.

Respecto del carácter no exclusivo de la licencia, y de acuerdo con el art. 50 TRLPI, ello implica que la institución responsable del patrimonio cultural podrá utilizar la obra, pero concurriendo tanto con otros cesionarios como con el propio cedente. Su derecho será intransmisible. Ello conlleva que, salvo que otra cosa se prevea en el acuerdo de licencia, varias instituciones culturales pueden tener autorización para el uso de una misma obra y todas ellas podrán digitalizarlas[86]. Además, los usos que comprendan estas licencias no deben tener fines lucrativos, incluso cuando la institución responsable del patrimonio cultural distribuya copias, como sería el caso del material publicitario para una exposición. Sin embargo, y dado que la digitalización de las colecciones de estas instituciones puede suponer inversiones considerables, los términos de las licencias suscritas no podrán impedir que estas instituciones sufraguen los costes de las licencias y los costes de digitalización y difusión de las obras u otras prestaciones amparadas por las licencias[87].

Los usos permitidos por la licencia son la *reproducción*, la distribución, la comunicación al público o la puesta a disposición del público. El art. 7 de la Propuesta de Directiva enumeraba, como usos autorizados, la *digitalización*, distribución, comunicación al público o puesta a disposición. Como es sabido, la digitalización constituye un acto de reproducción; sin embargo, en la DDAMUD se ha sustituido la expresión digitalización por la noción de reproducción, el cual resulta más acorde con el acervo en materia de propiedad intelectual; de igual modo, se ha sustituido *puesta a disposición*, por la expresión *puesta a disposición del público*. En consecuencia, la licencia comprende todos los derechos de explotación que le corresponden al autor *ex* art. 17 TRLPI, salvo el derecho de transformación[88].

El derecho de poner a disposición del público obras o prestaciones protegidas implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder ella en el momento y en el lugar que elija. (art. 3 DDASI). Este derecho no depende pues del concepto de público, sino del modo mediante el cual una persona accede a la obra: en el momento y lugar que ella elija. Junto con la reproducción, este derecho de puesta a disposición constituye la modalidad del derecho de comunicación pública imprescindible para posibilitar el uso transfronterizo de las obras en un entorno digital; no se comprende, por tanto, la razón por la que además se ha incluido el

[85] Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. p. 8 señalan que los países nórdicos tienen una larga tradición en lo relativo a la gestión colectiva de derechos, de forma que el funcionamiento y la legitimidad del modelo de licencia colectiva con efecto ampliado en otro contexto que el de los países nórdicos bien puede necesitar ser complementado con reglas de buen gobierno.

[86] En el mismo sentido: CARRANCHO HERRERA, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones culturales", op. cit. p. 202.

[87] Cdo 40 DDAMUD.

[88] Dicho precepto dispone que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

derecho de comunicación al público. De igual modo, también se alude el derecho de distribución, que no es necesario para la transmisión en línea de las obra y prestaciones protegidas[89]. Probablemente, el propósito del legislador ha sido ir más allá de la transmisión en línea, permitiendo que las instituciones responsables del patrimonio cultural difundan esta categoría de obras mediante cualquier forma de distribución o comunicación, como por ejemplo, un pase cinematográfico o una exposición de obras de arte[90].

1.3. Ámbito territorial de la licencia: las licencias multiterritoriales. Como se ha expuesto en la primera parte de este trabajo, la imposibilidad de accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de las instituciones culturales constituía un obstáculo a cualquier proyecto de digitalización en masa del patrimonio cultural. La DDAMUD pretende solventar esta dificultad estableciendo en el art. 9, bajo la rúbrica *Usos transfronterizos* que: 1. "Los Estados miembros garantizarán que las licencias concedidas de conformidad con el art. 8 puedan autorizar el uso de las obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial por una institución responsable del patrimonio cultural en cualquier Estado miembro".

Es evidente que si no se hubiera implantado dicha solución, la institución que quisiera poner la obra a disposición del público en toda la UE tendría que adquirir licencias respecto de cada Estado donde quisiera actuar. Ahora bien, el tenor literal de la norma no conlleva que la licencia, como un efecto automático de esta, abarque a todo el territorio de la UE; solo afirma que esas licencias pueden autorizar el uso transfronterizo de las obras. El alcance territorial de la licencia dependerá, por tanto, del acuerdo concluido entre la entidad de gestión colectiva y la institución responsable del patrimonio cultural[91]. En tal sentido, el Cdo 40 señala que dichas entidades deben seguir teniendo la facultad de llegar a un acuerdo sobre el alcance territorial de la licencia, incluyendo la opción de cubrir todos los Estados miembros, el canon autorizado y los usos autorizados.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 9 considera que los usos de obras y otras prestaciones al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, se producen solamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso. Como se ha afirmado[92], al aplicar el criterio de la *lex loci protectionis* se estima localizado el uso de las obras o prestación en cada Estado desde el que los usuarios acceden a la obra o prestación protegida; en consecuencia, ello conduciría a la aplicación de las legislaciones de varios Estados miembros. Pues bien, para evitar la aplicación de ese cúmulo de leyes y la carga que su cumplimiento conllevaría para las instituciones responsables del patrimonio cultural, se acude a la ficción de que el uso únicamente tiene lugar

[89] Ello a pesar de que una vez que se decidió subsumir las transmisiones digitales en uno de los derechos ya existentes, frente a la solución de crear un nuevo derecho, la decisión final de cual debía ser el derecho elegido contempló dos opciones. La primera, que era la impulsada por el Libro Blanco-*White Paper*- de los Estados Unidos defendía el derecho de distribución en una versión adaptada al entorno de Internet: la distribución por transmisión. La segunda era la patrocinada por la Unión Europea y sus Estados miembros que veían en las transmisiones digitales una operación compleja que necesitaba la aplicación cumulativa de los derechos de reproducción y comunicación pública; sobre esta cuestión, SERRANO FERNÁNDEZ, María: *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 38 y ss

[90] EVANGELIO LLORCA, E: "La regulación de las obras…", op. cit. p. 243.

[91] El art. 151 TRLPI regula los requisitos que deben cumplir las entidades de gestión que tengan un establecimiento en otro Estado de la Unión Europea.

[92] DE MIGUEL ASENCIO, Pedro A: "Mercado único digital…", op. cit. pp. 9 y 10.

en el Estado miembro en el que radica dicho establecimiento. Con ello basta para su uso lícito en los demás Estados miembros, siempre que el uso de las obras o prestaciones satisfaga los requisitos para su utilización lícita en ese concreto Estado miembro donde está establecida la institución responsable del patrimonio cultural.

1.4. Mecanismos para conseguir el efecto ampliado de la licencia. Como ya tuvimos ocasión de exponer, el legislador comunitario concede a los Estados miembros la libertad para elegir el tipo de mecanismo de licencia que va a instaurar a fin de que los efectos de la licencia se extienda a titulares de derechos que no han otorgado un mandato a la entidad de gestión colectiva; el legislador comunitario apunta alguno de estos mecanismos: la concesión de licencias colectivas ampliadas o con efecto ampliado y las presunciones de representación (Cdo 33).

Con respecto a la primera de las soluciones apuntadas, para que estas licencias colectivas tengan dicho efecto ampliado se requiere que concurran dos condiciones: a) que la entidad de gestión colectiva, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa de los titulares de derechos en el tipo pertinente de obras u otras prestaciones y de los derechos objeto de licencia[93].
b) se garantice a todos los titulares de derechos igualdad de trato en relación con los términos de la licencia.

En lo relativo al primero de los requisitos establecidos, es preciso advertir que la Directiva no determina cuándo una entidad de gestión es suficientemente representativa; dicho de otro modo, cuál es el criterio o el sistema para evaluar esa representatividad[94]. En tal sentido, se ha criticado que la norma comunitaria no establezca unos criterios precisos y uniformes para evaluar la representatividad de las entidades de gestión colectiva, dejando esta cuestión a la discrecionalidad de los Estados miembros. Al respecto, parece que el criterio no debe ser exclusivamente numérico, sino que deben tenerse en cuenta otros parámetros, tales como la categoría de derechos gestionados, la capacidad organizativa de la entidad, el sector creativo en el que opera etc[95].

[93] Sobre el significado de la expresión ampliamente representativa: Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage …", op. cit. pp. 14 y 15 y Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT, op. cit. pp. 30 y 31.
[94] Únicamente se afirma que se debe ofrecer a los Estados miembros flexibilidad para determinar los requisitos aplicables para que las entidades de gestión colectiva sean suficientemente representativas, siempre que esa determinación se base en un número significativo de titulares de derechos en los tipos de obras u otras prestaciones pertinentes que hayan otorgado un mandato por el que autorizan la concesión de licencias para el tipo de uso en cuestión. En el supuesto de que concurran varias, respecto de un sector específico, los Estados miembros deben poder fijar libremente las normas específicas aplicables en aquellos casos en los que más de una entidad de gestión colectiva sea representativa para las obras u otras prestaciones, exigiendo, por ejemplo, licencias conjuntas o un acuerdo con las entidades pertinentes; sobre los elementos que definen la representatividad de una entidad de gestión: EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras…", op cit. pp. 250 y ss; Lucie GUILBAUT y Simone SCHROFF: op. cit. p. 13 y Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market…", op. cit. pp. 245 y 246.
[95] SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? -Part II", *Kluwer Copyright Blog*, 5-8-2019, disponible en http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-

En cuanto a la igualdad de trato, y teniendo presente que los efectos de la licencia se extienden a los no miembros de la entidad colectiva, este requisito parece implicar que la entidad no puede discriminar a los no miembros de la entidad, respecto de sus miembros.

En lo relativo a las presunciones de representación, se presume que una entidad colectiva que gestiona derechos de propiedad intelectual sobre determinados tipos de obras está legitimada dentro de su ámbito de actividad, a autorizar también a los usuarios la utilización de obras cuya gestión de derechos no ha sido encomendada a aquella por el titular de derechos. Como indica EVANGELIO LLORCA[96], su principal diferencia con las licencias colectivas extendidas o ampliadas reside en que en aquellas la presunción se aplica al mandato hecho a la entidad de gestión colectiva, mientras que en estas la presunción recae sobre la licencia. En consecuencia, la presunción de representación otorga a la entidad de gestión colectiva una facultad de representación general independientemente de si se celebra con ella o no un contrato de licencia, mientras que el efecto extendido de la licencia con efecto ampliado solo afecta a los contratos de licencia que se hayan celebrado.

Finalmente, es preciso señalar que estas soluciones previstas en la DDAMUD para facilitar la concesión de licencias colectivas deben aplicarse sin perjuicio del uso de tales obras u otras prestaciones al amparo de excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, o al amparo de las licencias con efecto ampliado, cuando dichas concesiones de licencias no se basen en el hecho de que las obras u otras prestaciones de que se trate estén fuera del circuito comercial. Estas medidas también deben aplicarse sin perjuicio de los mecanismos nacionales para el uso de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial sobre la base de licencias entre entidades de gestión colectiva y usuarios distintos de las instituciones responsables del patrimonio cultural[97].

2. Excepción obligatoria a los derechos de autor. Razones de su implantación y régimen jurídico

Sin duda, uno de los aspectos más controvertidos de las excepciones contempladas en la DDASI era el carácter facultativo de las limitaciones recogidas. Como ya se ha expuesto, los documentos posteriores advertían que el hecho de que no todos los Estados miembros hubieran incorporado estas excepciones a su ordenamiento jurídico, o no lo hubieran hecho del mismo modo, había constituido un obstáculo para lograr el objetivo de la armonización en lo relativo a la digitalización de las obras que forman parte de determinadas instituciones culturales con fines de conservación y puesta a disposición de línea.

De modo similar a lo previsto en la Directiva sobre obras huérfanas, la DDAMUD solventa este inconveniente estableciendo una excepción obligatoria. Dicha solución no estaba prevista en la Propuesta de Directiva que contemplaba como único mecanismo las licencias obligatorias con efecto ampliado[98]. A nuestro juicio debe valorarse muy positivamente el que se añadiera una

knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part ii/?doing_wp_cron=1589915244.9160230159759521484375

[96] EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras…", op. cit. pp. 248 y 249.

[97] Cdo 43.

[98] Dicho cambio fue consecuencia de la admisión de la enmienda 69 al Proyecto de Directiva. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_ES.html?redirect

solución imperativa y subsidiaria cuando no es posible acudirse al mecanismo de las licencias colectivas con efecto ampliado[99].

¿Cuándo es susceptible de aplicarse esta excepción? Como afirma en el Cdo 32 de la DDAMUD cuando las licencias colectivas no aporten una solución para todos los casos en los que una institución responsable del patrimonio cultural tropieza con dificultades para obtener todas las autorizaciones necesarias de los titulares de derechos para el uso de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial. Así, por ejemplo, cuando no existe una práctica de gestión colectiva para los derechos de un determinado tipo de obra u otra prestación, o cuando la entidad de gestión colectiva pertinente no es suficientemente representativa de la categoría de los titulares de derechos y de los derechos en cuestión. Es, en estos casos concretos, cuando las instituciones responsables del patrimonio cultural, al amparo de una excepción o limitación armonizada de los derechos de autor y derechos afines, deben poner a disposición en línea en todos los Estados miembros las obras u otras prestaciones de su colección permanente que están fuera del circuito comercial. A fin de dejar claro la naturaleza de excepción que tiene este mecanismo, la DDAMUD añade que es importante que los usos al amparo de dicha excepción o limitación solo tengan lugar cuando se cumplan determinadas condiciones, en particular, en lo que respecta a la disponibilidad de soluciones para la concesión de licencias. El hecho de que no exista un acuerdo sobre los términos de la licencia no se debe interpretar como una falta de disponibilidad de soluciones para la concesión de licencias.

En lo relativo al régimen jurídico de la excepción, el artículo 8.2 de la DDAMUD dispone que los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos establecidos en el artículo 5, letras a), b), d) y e), y el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 96/9/Ce, los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15 apartado, 1 de la presente Directiva para permitir que las instituciones responsables del patrimonio cultural pongan a disposición, con fines no comerciales, obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente.

Los preceptos de la Directiva enumerados en el art. 8.2 reconocen derechos exclusivos a los titulares de derechos de explotación para prohibir o autorizar actos de explotación de sus obras. En virtud de dicha remisión, los derechos que se encuentran afectados por el límite son los siguientes:

-Los derechos del autor de una base de datos a realizar o autorizar el derecho exclusivo de reproducción, transformación y comunicación pública de una base de datos original y la reproducción, distribución y comunicación de una base de datos modificada. También el

[99] Advierte Paul KELLER: "A better solution to making out of commerce works available online", *Europeana Pro*, 26-9-2016, disponible en https://pro.europeana.eu/post/a-better-solution-to-making-out-of-commerce-works-available-online (Consulta el 21 de mayo 2020), que una solución basada exclusivamente en la gestión colectiva no sería suficiente. No obstante, en sectores con una gestión colectiva bien establecida, una excepción tendría un fuerte impacto en los derechos de los autores y otros titulares de derechos, y podría socavar el funcionamiento de los acuerdos de licencias colectivas extendidas existentes que ya existen en varios miembros de la UE, predominantemente en los países nórdicos.

derecho del fabricante de una base de datos de prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial de esta (arts. 5 y 7 de la Directiva 96/9/CE)[100].

-El derecho de los autores de autorizar o prohibir la reproducción y la comunicación al público de sus obras. De igual modo, los derechos de autorizar o prohibir la reproducción de sus obras y de poner a disposición del público las prestaciones protegidas que se reconoce a los titulares de derechos afines (arts. 2 y 3 DDASI)[101].

-Los derechos de reproducción, transformación y distribución pública que le corresponden al autor de un programa de ordenador (art. 4.1 de la Directiva 2009/24/CE)[102].

-Finalmente, los derechos afines de reproducción y puesta a disposición reconocidos a los editores de prensa en relación con los usos en línea por parte de los prestadores de los servicios de la información (art. 15 DDAMUD)[103].

Ahora bien, el artículo 8.2 DDAMUD exige dos requisitos para que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan utilizar las obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial al amparo de la excepción. El primero es que se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de los derechos identificable, excepto cuando esa indicación sea imposible; el segundo, que dichas obras u otras prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.

El primero de los requisitos tiene por finalidad el respeto al derecho de paternidad que se reconoce a los autores y a los artistas, intérpretes y ejecutantes; dicha imposibilidad de identificación puede venir dada, por ejemplo, si la obra se ha publicado de forma anónima o bajo un seudónimo. En cuanto al segundo requisito, su finalidad parece responder al hecho de impedir que se obtengan beneficios económicos con el uso de estas obras.

d. Facultad de exclusión por parte de los titulares de derechos

El artículo 8.4 DDAMUD dispone que los Estados miembros establecerán que todos los titulares de derechos puedan en cualquier momento, con facilidad y de manera efectiva, excluir sus obras u prestaciones del mecanismo de concesión de licencias o de la aplicación de la excepción o limitación, en general o para casos concretos, también después de la conclusión de un contrato de licencia o después de que comience el uso de que se trate.

El fundamento de dicha facultad de exclusión (*opt-out*) es la de garantizar que los titulares de derechos puedan recuperar fácilmente el control de sus obras, así como evitar que el uso de estas pueda perjudicar sus intereses[104]. La DDAMUD se asegura así que, llegado el momento de la transposición, la regulación de los Estados miembros cumpla las condiciones previstas en la norma: facilidad, efectividad, en general o para casos concretos y para las dos soluciones previstas en la norma.

[100] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31996L0009
[101] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029
[102] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32009L0024
[103] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0790
[104] Sobre esta facultad de *opt-out*, Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. pp. 37 y 38.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, una facultad similar se prevé en la Directiva sobre obras huérfanas (art. 5) donde se impone a los Estados miembros la obligación de velar a fin de que los titulares de derechos sobre obras o fonogramas que se consideren huérfanas tengan, en todo momento, la posibilidad de poner fin a dicha condición en lo que se refiere a sus derechos. Apunta ESPÍN ALBA[105], que la regulación de dicha exclusión podría venir acompañada de algún requisito adicional para el *opt-out,* como la explotación efectiva de la obra o la intención de explotarla en un periodo más o menos cercano. Estas consideraciones son plenamente aplicables a las obras o prestaciones que están fuera del circuito comercial, en la medida que estamos antes obras que no están disponibles en el mercado. No obstante, parece presuponerse esa intención de explotar la obra en la medida que el fundamento de esta facultad es garantizar que los titulares de derechos puedan recuperar fácilmente el control de sus obras, así como evitar que el uso de estas pueda perjudicar sus intereses, entendemos que económicos.

Si esta facultad de exclusión se ejercita durante el periodo de vigencia de la licencia, debe ponerse fin dentro de un plazo razonable a los usos en curso. Esa exclusión además no debe afectar a sus reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra o prestación objeto de la licencia[106]. Sin embargo, tampoco deja claro el legislador comunitario si en el caso de licencias multiterritoriales dicha facultad de exclusión puede ejercitarse con carácter general, con efecto en todos los Estados miembros, o por el contrario, debe ejercitarse respecto de cada Estado donde su obra se pone a disposición del público.

e. Medidas de publicidad

La información sobre el uso actual y futuro de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural debe ser objeto de publicidad. ¿Cómo debe ser dicha publicidad? Se nos dice que debe ser adecuada, tanto antes como durante el uso, al amparo de la limitación o excepción según proceda. La información debe extenderse además a la facultad de exclusión que se reconoce a los titulares de derechos y, es especialmente importante en el caso de usos transfronterizos en el mercado interior[107].

Desde estos planteamientos, el art. 10 DDAMUD introduce diversas medidas de publicidad, algunas imperativas y otras optativas para los Estados miembros. Entre las primeras está la obligación de los Estados miembros de velar por que la información sea accesible permanentemente, con facilidad y de manera efectiva en un único portal público en línea a partir de seis meses como mínimo antes de que las obras o prestaciones se distribuyan, comuniquen al público o se pongan a disposición del público de conformidad con la licencia o al amparo de la excepción o limitación. El portal será creado y gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual.

[105] Op. cit. p. 186.
[106] Cdo 48, apartado 2. Además se añade que los Estados miembros deben poder decidir si resulta oportuno adoptar medidas adicionales para proteger a los titulares de derechos. Entre esas medidas podría figurar, por ejemplo, alentar el intercambio de información entre las entidades de gestión colectiva y otras partes interesadas en toda la Unión con el fin de dar a conocer esos mecanismos y la posibilidad que tienen los titulares de derechos de excluir sus obras u otras prestaciones de dichos mecanismos.
[107] Cdo 41.

En lo relativo al alcance de esta información, la misma deberá comprender: 1. La información que posean las instituciones responsables del patrimonio cultural, las entidades de gestión colectiva o las autoridades públicas pertinentes, a los fines de identificar las obras o prestaciones fuera del circuito comercial amparadas por una licencia, o usadas al amparo de la excepción o limitación establecida. 2. La información sobre la facultad de exclusión reconocida a los titulares de derechos en el art. 8.4 DDAMUD. 3. La información sobre las partes de la licencia, los territorios cubiertos, los usos, tan pronto como esté disponible y cuando sea pertinente; parece pues que la información sobre este aspecto no tiene carácter imperativo.

Estas medidas de publicidad se adoptarán en el Estado miembro en el que se haya solicitado la licencia o para usos al amparo de la excepción o limitación prevista en el art. 8.2, así como en el Estado miembro en que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural. No obstante, si hay pruebas, como el origen de las obras u otras prestaciones, que indiquen que se podría aumentar más eficazmente el conocimiento de los titulares de derechos en otros Estados miembros o en terceros países, tales medidas de publicidad se podrían extender a dichos territorios (art. 10 DDAMUD *in fine*).

Si comparamos el texto definitivo con que el que aparecía en la Propuesta de Directiva (art. 7.3), se aprecian diferencias sustanciales; así, en primer lugar, nada se decía acerca de las características de dicha información: accesible, permanente, fácil y efectiva. En cuanto al periodo de tiempo en el que debía estar disponible la información, no se aludía al plazo de seis meses, solo era preciso que se mantuvieran durante un periodo de tiempo razonable, antes de que las obras o prestaciones fueran digitalizadas, distribuidas, comunicadas públicamente o puestas a disposición del público. Finalmente, la redacción sobre el alcance de la información es mucho más precisa en el texto de la Directiva.

En relación con la forma en la que se proporcionará esa información, la Directiva introduce una obligación de publicidad general, en lugar de individualizada para cada autor o titular de derechos. Esta solución se ha valorado muy positivamente, ya que la necesidad de proporcionar información individualizada a cada autor conlleva que la implementación de un esquema extendido de licencias de gestión colectiva pudiera resultar problemática[108].
La DDAMUD ha considerado pues que solo se debe proporcionar una información de carácter general, superando de este modo algunas de las consecuencias de la decisión *Soulier* del TJUE[109], en el que el Tribunal señaló que la normativa francesa no incluía un mecanismo que

[108] SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? – Part II". En parecidos términos, Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage …", op. cit. pp. 17 y 18 al considerar que la exigencia de una información individualizada hace peligrar las bases en las que hasta ahora vienen operando las licencias colectivas extendidas nacionales y EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras", op. cit. pp. 265 y 266 quién considera que las entidades de gestión colectiva y las asociaciones de interesados tienen vínculos suficientes con la comunidad creativa para identificar y localizar a los correspondientes autores y titulares de derechos (foros de discusión, presencia online, participación activa en congresos o eventos…) por lo que las medidas de publicidad individualizadas no son imprescindibles.
[109] Sentencia C-301/15 de 16 de noviembre de 2016, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0301. Para un análisis de dicha sentencia: Mercedes CURTO POLO: "El destino de los libros olvidados", op. cit. pp. 736 y ss.

garantizara la información a los autores de forma eficaz e individua[110]. Concretamente, en dicha resolución se afirma que todo autor debe ser informado de forma efectiva de la futura utilización de su obra por parte de un tercero y de los medios puestos a su disposición para prohibir dichos usos si lo desea. El fundamento es que, sin una información previa y efectiva relativa a esa futura utilización, el autor no está en disposición de posicionarse al respecto y, por consiguiente, de prohibirla en su caso, de forma que la propia existencia de su consentimiento implícito, en relación con dicha utilización, resulta puramente hipotética.

La ley francesa cuestionada encomienda a una sociedad reconocida el ejercicio del derecho a autorizar la explotación digital de libros no disponibles, al mismo tiempo que permite a los autores de dichos libros oponerse a tal ejercicio en el plazo de seis meses, desde la inscripción de tales libros en una base de datos creada al efecto. Así, el ejercicio del derecho de oposición establecido por dicha normativa en favor de los titulares de derechos sobre los libros de que se trata —en especial, de los autores— tiene como efecto prohibir la utilización de tales obras, mientras que la falta de oposición de un autor determinado en el plazo fijado puede considerarse, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2, letra a), y en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, expresión de su consentimiento implícito a tal utilización. Pues bien, el TJUE viene a señalar que la referida normativa no incluye *un mecanismo que garantice la información efectiva e individualizada de los autores*[111]. Por tanto, no se excluye que algunos de los autores afectados ni siquiera tengan, en realidad, conocimiento de la utilización que se pretende hacer de sus obras y, por consiguiente, no están en condiciones de posicionarse, en un sentido o en otro. En estas circunstancias, no cabe considerar que la mera falta de oposición por su parte exprese su consentimiento implícito a tal utilización (apartados 38 a 43).

Las medidas optativas están contempladas en el párrafo segundo del art. 10 DDAMUD, de forma que si fuera necesario para conocimiento general de los titulares de derechos, los Estados miembros velarán para que se tomen medidas de publicidad adicionales sobre la facultad de las entidades de gestión colectiva de conceder licencias, las licencias concedidas, los usos al amparo de la excepción o limitación y la facultad de exclusión prevista en el art. 8.4[112]. Esta información adicional se puede poner a disposición de los titulares de derechos mediante la utilización de canales de información adicionales, con el objetivo de llegar a un público más amplio[113]. En todo caso, las medidas de publicidad han de ser eficaces sin necesidad de tener que informar a título individual a cada titular de derechos.

f. Diálogo entre las partes interesadas

Las medidas adoptadas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mejor acceso a los contenidos concluye con una llamada al diálogo entre las partes interesadas (art. 11 DDAMUD). Dicho precepto dispone que los Estados miembros alentarán un diálogo

[110] Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market…", op. cit. pp. 246 y 247.
[111] La cursiva es nuestra.
[112] En el texto de la Propuesta se omitía toda referencia a las medidas adicionales.
[113] El Cdo 41 párrafo segundo determina que la necesidad, la naturaleza y el ámbito geográfico de estas medidas deben depender de las características de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial, de los términos de la licencia o del tipo de uso al amparo de la excepción o limitación y de las prácticas existentes en los Estados miembros. Sobre esta cuestión Lucie GUILBAUT y Simone SCHROFF: op. cit. pp. 21 y 22.

regular entre las organizaciones de usuarios y titulares de derechos representativas, incluidas las entidades de gestión colectiva, y cualquier otra organización interesada, sobre una base sectorial, para fomentar la relevancia y facilidad de uso de los mecanismos de concesión de licencias contemplados en el artículo 8, apartado 1, y para garantizar que las salvaguardias para los titulares de derechos a que se refiere el presente capítulo sean eficaces[114].

4. Conclusiones

I. La DDASI estableció que las bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos se podían beneficiar de dos límites a los derechos de autor. El primero de ellos amparaba los actos específicos de reproducción de obras protegidas que no tuvieran fines comerciales (art. 5.2.c). En virtud del segundo, se estimaban lícitos aquellos actos de puesta a disposición del público, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de estos establecimientos, de obras que figuren en sus colecciones y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia. Aunque esta norma supuso un paso muy importante en el reconocimiento de límites a los derechos de autor en favor de determinadas instituciones culturales, presentaba unas deficiencias que a la larga han constituido un obstáculo grave para lograr la digitalización del patrimonio cultural. En efecto, en primer lugar, estos límites o excepciones tenían carácter facultativo, de forma que no todos los Estados miembros incluyeron esas excepciones, o lo hicieron del mismo modo, lo que impidió una armonización de las legislaciones nacionales sobre esta cuestión. En segundo lugar, los términos en los que estaban redactadas las excepciones resultaban demasiados estrictos. Así, con respecto a la posibilidad de efectuar determinados actos de reproducción, no se admitía expresamente la posibilidad de realizar copias digitales de una obra impresa para fines de conservación, o la posibilidad de realizar nuevas copias de obras que ya estuvieran en formato digital para hacer frente al deterioro o a la obsolescencia de dichas copias y, en ningún caso, amparaba la digitalización masiva de obras protegidas por derechos de autor. La segunda de las excepciones prevista en esta Directiva no incluía la accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de dichas instituciones. Estas carencias fueron puestas de manifiesto de una manera reiterada en los sucesivos documentos publicados en el seno de la UE sobre esta cuestión. La DDAMUD constituye un hito fundamental en este devenir legislativo, proponiendo un conjunto de soluciones que pretenden solventar esos obstáculos que habían impedido la consecución de un mercado único digital. En tal sentido, debe valorarse muy positivamente que las excepciones que establece tengan un carácter obligatorio, imponiéndose de este modo a los Estados miembros la obligación de que incorporen estas excepciones a su ordenamiento jurídico, lográndose de este modo el objetivo de alcanzar la armonización de las legislaciones.

II. El art. 6 DDAMUD establece un límite o excepción al derecho de reproducción a fin de permitir, a las instituciones responsables del patrimonio cultural, efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, con el único objetivo de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación.

[114] En el Cdo 42 se afirma que ese diálogo debe tener como fin de garantizar que los mecanismos de licencia establecidos por la presente Directiva para las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial sean pertinentes y funcionen adecuadamente, que los titulares de derechos estén protegidos convenientemente, que las licencias reciban la adecuada publicidad y que se proporcione seguridad jurídica por lo que respecta a la representatividad de las entidades de gestión colectiva y la categorización de las obras.

Dicha excepción pretende posibilitar la realización de copias con fines de conservación para hacer frente a la obsolescencia tecnológica, o a la degradación de los soportes originales, o para garantizar que dichas obras u otras prestaciones protegidas estarán disponibles para futuras generaciones. En consecuencia, esta excepción que pretende solventar los problemas que se plantean en el ámbito de la preservación digital debe ser valorada muy positivamente. No obstante, la opinión favorable que merece esta excepción no es incompatible con el hecho de que por su redacción sea susceptible de algunas críticas. En primer lugar, la DDAMUD se ha limitado a enumerar las instituciones responsables del patrimonio cultural, sin incluir una definición clara de que se entiende por tal, máxime cuando no existe una noción única en el acervo comunitario. En segundo lugar, también es susceptible de crítica que la DDAMUD no defina qué se entiende por patrimonio cultural cuando, de nuevo, no se emplea un término único al referirse a la digitalización y conservación del patrimonio cultural. Así, por ejemplo, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, utiliza la expresión material cultural; el legislador comunitario no ha aclarado si estamos ante expresiones equivalentes. En tercer lugar, consideramos un error que se haya suprimido el art. 1 bis del art. 5 de la Propuesta de Directiva que disponía que los Estados miembros garantizarán que ningún material resultante de un acto de reproducción de material de dominio público esté sujeto a los derechos de autor u otros derechos afines, siempre y cuando tal reproducción sea fiel y tenga por objeto la preservación del material original. En consecuencia, y a fin de evitar problemas de interpretación, sería aconsejable que llegado el momento de transponer esta norma, los Estados miembros incorporaran un apartado similar al que fue suprimido, a fin de aclarar esta cuestión.

III. Las obras y prestaciones fuera del circuito comercial se caracterizan por la enorme dificultad de obtener la autorización de los titulares de derechos de forma individual. Por ello, para que los proyectos de digitalización de estas obras fueran viables en la práctica, era preciso que la solución adoptada conllevara que los efectos de la licencia se aplicara también a los titulares de derechos que no son miembros de las entidades de gestión colectiva, o que no han celebrado con ellas un contrato de gestión. En tal sentido, el art. 8.1 DDAMUD establece que los Estados miembros dispondrán que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales con una institución responsable del patrimonio cultural con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión colectiva. Como solución subsidiaria se establece una excepción o limitación obligatoria (art. 8.2 DDAMUD). Teniendo en cuenta que el art. 7 de la Propuesta de Directiva preveía la licencia colectiva con efectos ampliados como única solución para llevar a cabo la digitalización masiva y puesta a disposición del público de las obras y prestaciones que están fuera del comercio comercial, debe valorarse muy positivamente que en el texto definitivo la DDAMUD se prevean estos dos posibles mecanismos para realizar la digitalización y uso de esta categoría de obras. En lo relativo a los aspectos más destacados de esta regulación, podemos señalar dos. El primero es que las licencias colectivas con efecto ampliado puedan tener también un efecto transfronterizo. El segundo, respecto de la excepción obligatoria, que se disponga que el uso se entiende producido únicamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso, superándose el criterio de la *lex loci protectionis* que conllevaría la aplicación de las legislaciones de varios Estados miembros. Sin embargo también la regulación prevista en el art. 8 DDAMUD es susceptible de alguna crítica; así, el art. 8.5 DDAMUD permite que los Estados

miembros establezcan una fecha límite u otros requisitos específicos para determinar si las obras o prestaciones pueden ser objeto de licencias o usadas al amparo de la excepción. Sin duda, esa libertad puede dificultad la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y, en última instancia, restar seguridad jurídica a los proyectos de digitalización transfronterizo.

IV. La DDAMUD concede a los Estados miembros flexibilidad para elegir el tipo de mecanismo jurídico que permita que las licencias expedidas se apliquen a los titulares de derechos que no han otorgado un mandato a tal fin a las entidades de gestión colectiva; entre estos mecanismos se citan las licencias colectivas ampliadas o las presunciones de representación. Se trata, por tanto, de un aspecto sobre el que tendrá que pronunciarse el legislador español cuando transponga la DDAMUD a nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, en nuestra opinión se debería optar, o al menos potenciar, la opción de las licencias colectivas ampliadas en la medida que este mecanismo se basa en los contratos de licencia que se hayan celebrado; por el contrario, las presunciones de representación otorgan a la entidad de gestión colectiva una facultad de representación general, independientemente de si se han celebrado con ella o no un contrato de licencia. Ahora bien, en este contexto la delimitación de qué debe entender por una entidad de gestión suficientemente representativa es fundamental. Puesto que la norma comunitaria no se pronuncia sobre esta cuestión, de nuevo la ley española que transponga la DDAMUD deberá precisar de forma clara y precisa los criterios que se deben cumplir para que una entidad de gestión colectiva pueda ser calificada de suficientemente representativa; sin duda, además de un criterio numérico se deben tener en presente otros parámetros tales como la categoría de derechos gestionados, la capacidad organizativa de la entidad, el sector creativo en el que opera etc.

V. Para que una obra o prestación sea calificada como fuera del circuito comercial, se estima que es suficiente que pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de realizar un esfuerzo razonable para comprobar su disponibilidad. La falta de precisión del legislador comunitario sobre un aspecto que estimamos fundamental exige una vez más que la futura norma española de transposición se pronuncie sobre dos extremos. El primero, es incluir una definición clara relativa a qué debe entenderse por esfuerzo razonable, en la medida que estamos ante una pieza clave para permitir la utilización de esta modalidad de obras por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural. El segundo, es determinar quién asume la responsabilidad de llevar a cabo ese esfuerzo razonable con el objetivo de decidir si la obra u prestación está o no disponible. Desde nuestro punto de vista, en el supuesto de la licencia colectiva ampliada, la responsabilidad debe ser asumida por las entidades de gestión colectiva, ya que son ellas las que van a percibir las cantidades en nombre de los titulares de derechos; en la hipótesis de la excepción obligatoria, el esfuerzo razonable a fin de delimitar la disponibilidad de la obra corresponde a las instituciones responsables del patrimonio cultural, beneficiarias del límite.

VI. Finalmente, el legislador español deberá decidir si en la futura ley que transponga a nuestro Derecho la DDAMUD se contemplan medidas de publicidad optativas y cuáles serían estas; de igual modo, deberá concretar los cauces a través de los cuales se va a fomentar el diálogo entre las partes interesadas al que alude el artículo 11 DDAMUD.

5. Bibliografía

Ricardo ANTEQUERA PARILLI (2006), "Los límites del Derecho subjetivo y del Derecho de Autor", *Los límites del Derecho de Autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, pp. 7-82.

Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT (2011), "Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?", *Final report prepared for Europeana Connect project*, Amsterdam, disponible en https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:465947/FULLTEXT01.pdf

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2016), "El mercado único digital y la propiedad intelectual", *Aranzadi Civil- Mercantil, Revista doctrinal*, nº 2, pp. 81-84.

Robert BURREL y Allison COLEMAN (2005), *Copyright exceptions: The Digital Impact,* Cambridge University Press, Cambridge.

Mª Teresa CARRANCHO HERRERA (2019), "Reproducción, préstamo y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones", *Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas*, DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL (coord.), Comares, Granada.

Mª Teresa CARRANCHO HERRERA (2019), "Contenidos digitales e instituciones culturales", *Medios de comunicación, contenidos digitales y derechos de autor*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.) Reus, Madrid, pp. 175-218.

Chiara CIVITELLI (2015), "Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital: la imprescindible búsqueda de un punto de equilibrio entre intereses contrapuestos. Estrategias y Políticas Europeas en el ámbito de las bibliotecas digitales", *Anuario de la Propiedad Intelectual*, pp.299-339.

Chiara CIVITELLI, Chiara (2017), "Excepciones y límites a los derechos de autor en favor de bibliotecas: comparación entre Italia y España", *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de Derecho Comparado*, SERRANO FERNANDEZ, MARÍA (coord.), Reus, Madrid, pp. 99-121.

Graham CORNISCH (2015), *Copyright: interpreting the law for libraries, archive and information services*, Facet Publishing, London.

Mercedes CURTO POLO (2017), "El destino de los libros olvidados", *European Papers*, v. 2, n. 2, pp. 731-741.

Mercedes CURTO POLO (2018), "La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias (II): Obras huérfanas y obras descatalogadas", *Propiedad intelectual y transferencia del conocimiento en universidades y centros públicos de investigación*, CARBAJO CASCON, FERNANDO y CURTO POLO, MERCEDES (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 476-501.

Pedro Antonio DE MIGUEL ASENCIO (2015), *Derecho Privado e Internet*, Civitas, Madrid.

Pedro Antonio De MIGUEL ASENSIO (2019), "Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790", *La Ley Unión Europea*, nº 71, pp. 1-16.

Raquel DE ROMÁN PÉREZ (2017), "Las obras huérfanas en la Ley de Propiedad Intelectual y utilizaciones permitidas", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 38, 2017-2018, pp. 299-321.

Isabel ESPIN ALBA (2014), *Obras huérfanas y derechos de autor*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

Raquel EVANGELIO LLORCA (2012), "Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas", *La Ley*, nº 7884, pp. 14 y ss.

Raquel EVANGELIO LLORCA (2018), "Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de las obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital", *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 60, pp. 13-66.

Raquel EVANGELIO LLORCA (2019), "La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790", *Propiedad Intelectual y mercado único digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 213-265.

Juan Carlos FERNÁNDEZ MOLINA y José Augusto CHAVES GUIMARES (2007): "Las nuevas leyes de derechos de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?", *Information Research*, v. 12, nº4, disponible en https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/32748/Fernandez Molina_DerechosAutor.pdf;sequence=1

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001), *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información*, Comares, Granada.

Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO (2018), "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage in the digital environment: Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a focus on access to out-of-commerce works", *CEIPI Research Paper* n. 18-11 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3287734

Chistophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO (2018), "Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union", JIPITEC, n. 240, pp. 240-250, disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4803

Agustín GONZÁLEZ GARCIA (2018), "Derechos de autor y Mercado Único Digital, una reforma en marcha", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 947, p. 8.

Lucie GUILBAUT y Simone SCHROFF (2018), "Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Right Holders", *IIC*, pp. 1-24, disponible en https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40319-018-0748-5

Sebastián LÓPEZ MAZA (2009), *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital,* Comares, Granada.

Patricia MARISCAL GARRIGO-FALLA (2017), "Comentarios al artículo 21", *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), Tecnos, Madrid, pp. 443-459.

Jesús OLAVARRÍA IGLESIAS (2019), "Límite obligatorio al derecho de reproducción para fines de conservación en las instituciones de patrimonio cultural (art. 6 de la Directiva 2019/790/UE)", *Propiedad Intelectual y mercado único digital*, SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN Y EVANGELIO LLORCA, RAQUEL (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 273-286.

José de OLIVEIRA ASCENSÃO (2006), "Os limites dos límites. A teoría dos tres pasos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e otras relativas à informação e a gestão dos direitos", *Los límites a los derechos de autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, pp. 83-108.

Paul KELLER, (2016), "A better solution to making out of commerce works available online", *Europeana Pro*, 26-9-2016, disponible en https://pro.europeana.eu/post/a-better-solution-to-making-out-of-commerce-works-available-online

Sofía RODRÍGUEZ MORENO (2004), *La era digital y las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

Eduardo SERRANO GÓMEZ (2018), "La Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital: un paso más en la defensa d ellos creadores", en *Hay Derecho* disponible en https://hayderecho.expansion.com/2018/10/30/la-propuesta-de-directiva-de-derechos-de-autor-en-el-mercado-unico-digital-un-paso-mas-en-la-defensa-de-los-creadores/

María SERRANO FERNÁNDEZ, (2014), "Las obras huérfanas. Luces y sombras de la Directiva 2012/28 sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas", *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, ESPÍN ALBA, ISABEL (coord.), Reus, Madrid, pp. 143-169.

María SERRANO FERNÁNDEZ (2017), "Instituciones de interés público: bibliotecas, museos, archivos y accesos a plataformas *on line*", *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*, SERRRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.), Reus, Madrid, pp. 63-100.

María SERRANO FERNÁNDEZ (2017), "Los límites al Derecho de autor en favor de las bibliotecas, museos, archivos y demás instituciones culturales en el derecho inglés. Estudio de Derecho comparado con la legislación española", *Estudio de los límites a los Derechos de autor desde una perspectiva de Derecho comparado*, SERRANO FERNÁNDEZ, MARIA (coord.), Reus, Madrid, pp. 27-64.

María SERRANO FERÁNDEZ (2019), *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Tatiana SYNODINOU (2019): "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I", *Kluwer Copyright Blog*, 29-7-2019, disponible en http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/08/05/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-i/

Tatiana SYNODINOU (2019): "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part II", *Kluwer Copyright Blog*, 5-8-2019, disponible en http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part ii/

Maitane VALDECANTO FLORES (2019), "La propiedad Intelectual se adapta a la revolución tecnológica: entrada en vigor de la Directiva de la UE 2019/790", *Actualidad Civil nº 6,* pp. 1-11.

Stef VAN GOMPEL (2007), "Unlocking the potential of pre-existing content: How to address the issue of orphan works in Europe?", *IIC*, n. 6, pp. 669-702, disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/IIC_2007_6_orphan_works.pdf

Raquel XALABARDER PLANTADA (2012), "Las obras «huérfanas» y las obras descatalogadas", *Noticias de la Unión Europea*, disponible en https://studylib.es/doc/4444516/las-obras-%E2%80%9Chu%C3%A9rfanas%E2%80%9D-y-las-obras-descatalogadas.

InDret
3.2020

Ramón Ragués i Vallès
Universitat Pompeu Fabra
-

¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión?

Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena

Sumario

-

La mayoría de ordenamientos jurídicos prevé la regla de que el tiempo que una persona condenada ha pasado en prisión provisional antes de la sentencia debe restarse de la posterior pena de prisión. En esta operación los tribunales suelen considerar que cada día de prisión preventiva equivale a un día exacto de pena de prisión. El presente trabajo cuestiona la corrección de dicha regla de compensación y, a partir de la teoría de los equivalentes funcionales de la pena, propone un nuevo sistema flexible de abono, en el que la prisión preventiva tenga un mayor peso.

Abstract

-

Most legal systems provide for the rule that the time a convicted person has spent in pretrial detention before sentencing must be detracted from the subsequent prison sentence. In this operation, the courts usually consider that each day of detention is equivalent to one day of prison sentence. The present work questions the correction of this calculation rule and, according to the theory of functional equivalents of punishment, a new flexible compensation system is proposed, in which preventive detention has a greater weight.

Abstract

-

Die meisten Rechtssysteme sehen vor, dass die Zeit, die eine verurteilte Person vor der Verurteilung in Untersuchungshaft verbracht hat, von der nachfolgenden Freiheitsstrafe abgezogen werden muss. Bei dieser Operation sind die Gerichte normalerweise der Ansicht, dass jeder Tag in Haft einem Tag Strafe entspricht. Die vorliegende Arbeit stellt die Korrektur dieser Anrechnungsregel in Frage und schlägt auf der Grundlage der Theorie der funktionalen Äquivalente der Strafe ein neues flexibles Anrechnungssystem vor, bei dem die vorbeugende Inhaftierung ein größeres Gewicht hat.

Title: *Does really a day in pretrial detention equals a day of prison sentence? A review of art. 58 Spanish Penal Code according to the theory of functional equivalents of punishment.*

Titel: *Entspricht ein Tag Untersuchungshaft wirklich einem Tag Freiheitssstrafe? Eine Überprüfung des Art. 58 Spanisches Strafgesetzbuch nach der Theorie der funktionalen Äquivalente der Bestrafung.*

Palabras clave: *Prisión Provisional, Pena de Prisión, Equivalentes Funcionales de la Pena.*

Keywords: *Pretrial Detention, Prison Sentence, Functional Equivalents of Punishment.*

Stichwörter: *Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe, Funktionale Äquivalente der Bestrafung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.04

-

InDret

3.2020

Recepción
11/03/20
-
Aceptación
08/05/20
-

Índice

-

1. Introducción
2. La teoría de los equivalentes funcionales de la pena y la prisión provisional
3. Los perjuicios de la prisión preventiva y de la pena de prisión en los derechos fundamentales del preso
3.1. Afectación al derecho a la libertad personal (art. 17 CE)
3.2. Afectación a la presunción de inocencia (art. 24 CE)
3.3. Afectación al derecho de defensa (art. 24 CE)
3.4. Recapitulación
4. ¿Es posible otra regla de equivalencia?
4.1. La respuesta del Tribunal Supremo
4.2. Posibles limitaciones derivadas del Derecho positivo
4.3. La concreción numérica en el Derecho comparado
4.4. Criterios para una regla de abono flexible
5. Consideración final
6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El presente trabajo se propone responder a una cuestión muy concreta: *¿es legítima la regla según la cual cada día que un acusado pasa en prisión preventiva debe compensarse descontando un día de la pena de prisión impuesta en la posterior sentencia condenatoria?* Aunque la praxis usual -y, en lo que aquí se alcanza, unánime- de los tribunales españoles sea apreciar automáticamente dicha equivalencia a partir de lo dispuesto en el art. 58.1 CP,[1] a poco que se reflexiona sobre la presente materia se advierten poderosas razones para dudar de que dicha regla de conversión sea la más adecuada, lo que tiene una evidente repercusión constitucional, en la medida en que esta cuestión afecta directamente al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) y también a la presunción de inocencia y al derecho de defensa (art. 24 CE).

Para responder a la pregunta planteada se hará una breve referencia, en primer término, a la teoría de los equivalentes funcionales de la pena como marco teórico especialmente adecuado para acometer el presente análisis (2); seguidamente, se expondrán cuáles son los perjuicios que sufre el sujeto sometido a prisión provisional y se valorará en qué medida tales perjuicios son equiparables a los propios de la pena de prisión (3). Una vez efectuada la anterior comparación, se tratará de dar respuesta a dos ulteriores cuestiones, a saber, si en el Derecho español vigente y en otros ordenamientos próximos tendría cabida una regla de conversión distinta a la usualmente aplicada y cuál debería ser su contenido (4).

2. La teoría de los equivalentes funcionales de la pena y la prisión provisional

La gran mayoría de ordenamientos jurídicos -y textos supranacionales como la Recomendación (2006) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa-[2] contienen previsiones que obligan a

---

* Autor de contacto: Ramon Ragués i Vallès, ramon.ragues@upf.edu. Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE) y empezó a redactarse como contribución al libro homenaje a la profesora Susana Huerta. Su extensión, sin embargo, acabó desbordando las limitaciones de dicha obra, donde finalmente se publicará una versión resumida. Quede constancia, en todo caso, de la voluntad de rendir homenaje con estas páginas a la malograda profesora Huerta. Merecen también agradecimiento Carlos López y Gonzalo Miranda, por la lectura del texto y sus valiosos comentarios, así como los dos evaluadores/as anónimos/as de *InDret* por su exhaustiva revisión y sus atinadas sugerencias de mejora.

Abreviaturas empleadas: ATS: Auto del Tribunal Supremo; *BMJ*: Boletín del Ministerio de Justicia; CE: Constitución Española; *CLQ*: Criminal Law Quarterly; *CLR*: Cardozo Law Review; CP: Código Penal; *DLL*: Diario La Ley; *EPyC*: Estudios Penales y Criminológicos; LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; LORPM: Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; *MüKoStGB:* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; *NK*-StGB: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*; REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional; *RESP*: Revista Española de Sanidad Penitenciaria; RP: Reglamento Penitenciario; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; *YLJ*: The Yale Law Journal.

[1] Dispone literalmente este precepto que "El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa".

[2] Según la regla 33 de este texto: "[1] The period of remand in custody prior to conviction, wherever spent, shall be deducted from the length of any sentence of imprisonment subsequently imposed. [2] Any period of remand in custody could be taken into account in establishing the penalty imposed where it is not one

los tribunales a tener en cuenta el tiempo pasado por un acusado en prisión preventiva y a descontarlo de la posterior pena de prisión.[3] Esta obligación *se ha justificado tradicionalmente por la mayoría de la doctrina apelando de modo genérico a consideraciones de equidad o de justicia material*.[4] Una justificación absolutamente imprecisa que, por su propia indeterminación, resulta muy poco útil para poder valorar críticamente las regulaciones vigentes. Por el contrario, *la teoría de los equivalentes funcionales de la pena* –en su versión más acabada hasta la fecha, ofrecida por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ-[5] aporta un marco teórico mucho más elaborado para justificar una decisión legislativa que puede resultar hasta cierto punto sorprendente, como es compensar en la ejecución del castigo una medida cautelar cuyo carácter punitivo suele negarse con vehemencia y cuyos presupuestos aplicativos son distintos de los de la propia pena.[6]

Dicha teoría observa la existencia de determinadas circunstancias coetáneas o posteriores al delito (los llamados, precisamente, "equivalentes funcionales"), cuya eventual concurrencia reduce significativamente -o incluso elimina- la necesidad de efectiva ejecución de la sanción impuesta por un determinado hecho delictivo. Ello se explica porque, con los efectos que generan tales circunstancias, se ven satisfechas en mayor o menor medida las funciones propias de la sanción penal, ya sea en el plano simbólico-comunicativo o en su dimensión aflictiva. Dicha equivalencia puede ser total (lo que lleva a la exención) o solo parcial (en cuyo caso procede una reducción del castigo) y sus efectos pueden estar reconocidos o no de modo expreso por el ordenamiento jurídico, lo que no impide que los tribunales los tengan en cuenta por medio de la analogía *in bonam partem*, ya que su apreciación resulta siempre favorable al reo.

Algunos equivalentes funcionales son, por ejemplo, la *pena natural*, esto es, aquellas consecuencias negativas informales que en ocasiones un infractor sufre a resultas de su propio delito (por ejemplo, el terrorista a quien estalla la bomba que preparaba, o quien mata a sus seres queridos en un accidente de tráfico ocasionado por negligencia); las *dilaciones indebidas*, con las que se reconoce que el sufrimiento ocasionado al sujeto por un retraso injustificado en su procedimiento permite reducir la aflicción propia de la sanción penal impuesta en sentencia; o, por último, la *reparación del daño*, entendida como un acto de reconocimiento del Derecho por parte del delincuente que, además de un indudable valor comunicativo, por lo general entraña también un componente aflictivo que permite reducir la severidad de la pena impuesta. La concurrencia de estos tres elementos hace posible considerar parcialmente cumplidas las funciones que corresponden a la pena y eso explica que una parte de la doctrina o la

---

of imprisonment. [3] The nature and duration of alternative measures previously imposed could equally be taken into account in determining the sentence".

[3] En el ámbito supranacional, también el art. 78.2 del Estatuto de Roma que regula la Corte Penal Internacional establece que "La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito".

[4] Al respecto cfr. MORGENSTERN, *Die Untersuchungshaft*, 2018, p. 617; o en España las referencias aportadas por BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 152. Alude expresamente a la "justicia material", MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, «Aspectos sustantivos de la prisión preventiva. (Especial referencia a su abono a la condena posterior)», *DLL*, (3), 1996, ap. V.

[5] SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 113-181 (capítulo III); en particular, sobre la prisión preventiva como equivalente funcional de la pena cfr. pp. 151-152.

[6] En tal sentido, las apreciaciones, por citar un ejemplo, de MANZANARES SAMANIEGO, «El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *DLL*, (9563), 2020, ap. I.

jurisprudencia propongan en tales casos reducir la intensidad del castigo a imponer cuando no es la propia Ley la que ya prevé tal reducción.[7]

La prisión provisional es el *equivalente funcional por excelencia* de la pena de prisión. En el plano aflictivo, y en una primera aproximación todavía superficial, la limitación en los derechos fundamentales que se ocasiona al preso parece ser la misma en ambos casos, a saber, la privación temporal de la libertad deambulatoria. Por su parte, desde una perspectiva comunicativo-simbólica la equivalencia no es idéntica pues, ciertamente, la prisión provisional no va precedida de una declaración firme de antijuricidad del hecho y culpabilidad de su autor proclamada tras la celebración de un juicio. Sin embargo, no puede ignorarse que, tras la decisión de aplicar la prisión preventiva, debe existir siempre una declaración provisional de antijuricidad y culpabilidad basada en la apreciación de indicios racionales de criminalidad, lo que permite atribuir a la medida un efecto de reafirmación de la vigencia de aquella norma que ha sido aparentemente cuestionada.[8] En tal sentido, cabe observar cómo dicha vigencia no solo se percibe como cuestionada cuando un hecho es declarado como delictivo tras el juicio y la sentencia, sino desde el mismo momento en que la colectividad recibe la información de que posiblemente se ha cometido un ilícito penal: cualquier reacción estatal –incluso la mera apertura del proceso- tendente al esclarecimiento y castigo de los hechos sospechosos ya contribuye a dicha reafirmación normativa.

Si estas dimensiones comunicativa y aflictiva de la prisión preventiva *se ponen en relación con las finalidades tradicionales de la pena* se advierte cómo esta medida cautelar contribuye a la consecución de la mayoría de tales fines. Así, aunque con insistencia se subraye por parte de los tribunales que la prisión provisional no es ningún castigo, el Tribunal Constitucional reconoce que se trata, no obstante, de un "un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos"[9] y lo cierto es que materialmente su imposición despliega efectos que son idénticos a los de la pena o revelan incluso una mayor idoneidad que la propia sanción para la consecución de dichas finalidades.[10]

---

[7] En el caso de la pena natural la propuesta de atenuación es, hoy por hoy, fundamentalmente doctrinal. En el caso de las dilaciones indebidas la reducción de pena fue una propuesta doctrinal y jurisprudencial (aplicación como atenuante por analogía) hasta que en 2010 se transformó en Ley (vigente art. 21.6.ª CP). Por último, los efectos atenuantes de la reparación han contado tradicionalmente con reconocimiento legal en la legislación española (vigente art. 21.5.ª CP) y en otros muchos ordenamientos jurídicos.

[8] De hecho, y como señala SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 148, una parte importante de la doctrina considera que la mera apertura del procedimiento penal ya genera efectos tanto en el plano comunicativo como aflictivo. En este sentido KRAUß, «Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren» en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik,* 1971, p. 167; WEIGEND, *Deliktsopfer und Strafverfahren*, 1989, p. 185; PASTOR, «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en AAVV, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, 2001, p. 793; o FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», Trad. a cargo de R. Ragués, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, p. 93.

[9] STC 85/2019, de 19 de junio (ponente Valdés Dal-Ré), que declaró parcialmente inconstitucional el art. 249.2 LOPJ, que regula la indemnización prevista para los casos de prisión preventiva no seguida de condena. En esta misma resolución se argumenta asimismo que la prisión cautelar es un "sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta [*sic*] un carácter aflictivo extraordinario".

[10] En tal sentido, por ejemplo, se afirma en la importante STC 47/2000, de 17 de febrero (ponente Vives Antón), en la que el Tribunal se cuestionó la constitucionalidad del sistema de prisión preventiva que estuvo vigente en España hasta 2003, que "la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y ('so pena' de que su

Precisamente por ello la prisión provisional es un instrumento tan tentador y, a la vez, tan peligroso: porque permite a los poderes públicos mostrar una gran eficiencia en la lucha contra el delito contando casi siempre con el aplauso de la mayoría de ciudadanos, pero a costa de los derechos de una persona todavía inocente.

De modo más concreto, cabe observar que cuando el sospechoso de haber cometido un delito es puesto en prisión provisional con tal decisión, inevitablemente, se generan efectos de *prevención general* tanto positiva como negativa, pues la opinión pública valora de manera especialmente favorable las respuestas rápidas frente al delito, que logran un mayor efecto intimidatorio para los potenciales delincuentes y reafirman la confianza de aquellos ciudadanos que se perciben a sí mismos como eventuales víctimas.[11] Es sabido que la rapidez en la imposición de la pena es un elemento fundamental para una adecuada disuasión y, en términos de celeridad, es prácticamente imposible que la condena supere –o siquiera iguale- a la prisión preventiva.[12] Solo en aquellos casos en los que un sujeto que ha sido encarcelado cautelarmente es finalmente absuelto puede ocasionarse un cierto menoscabo de la confianza de la ciudadanía en el buen funcionamiento de la administración de justicia, pero los pocos supuestos en los que ello sucede no parecen afectar de modo relevante a los aludidos efectos preventivos. Es más, tales situaciones de prisión preventiva seguidas de absolución en ocasiones son esgrimidas incluso como una saludable muestra de la imparcialidad de los tribunales enjuiciadores y de la vigencia de la presunción de inocencia.[13]

---

apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa". Sin embargo, por más que, según el Tribunal, no sea legítimo buscar el apaciguamiento de la alarma social por medio de la prisión preventiva, lo cierto es que materialmente esta medida tiene la capacidad de hacerlo.

[11] Ya en su día constataba MANZANARES SAMANIEGO, «El abono de la prisión provisional a la multa», *BMJ*, (1049), 1976, p. 7, que, "aunque la prisión provisional no es pena anticipada sino medida de aseguramiento procesal, encierra un daño que la aproxima a la pena, particularmente en cuanto a su función intimidatoria".

[12] En su monografía de 2010 sobre la praxis de la prisión preventiva en España, GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, 2010, p. 514, puso en evidencia cómo la mitad de las prisiones preventivas acordadas en su ámbito de estudio (la provincia de Málaga) duraban menos de tres meses y que la media de duración era de cuatro meses, pese a que las razones que motivaban más a menudo esta medida eran el riesgo de fuga y de reiteración, dos circunstancias personales del procesado que rara vez varían de modo sensible durante la tramitación del procedimiento. Como con todo acierto cuestiona esta autora, "si en las circunstancias del imputado no se han producido cambios sustanciales, no parece que existan motivos suficientes para modificar la situación personal, salvo que tampoco existieran realmente motivos al inicio para decretarla". El hecho de que, como también pone en evidencia su estudio, los instructores motiven de manera absolutamente lacónica sus autos dejando sin efecto la prisión cautelar no ayuda precisamente a conocer las razones por las que se entiende que, sorprendentemente, alguien que era candidato probable a huir o reincidir haya dejado de serlo al cabo de pocos meses. Todo invita a pensar que, digan lo que digan en sus autos los instructores, es evidente que *de facto* la voluntad de aplacar la llamada alarma social con una rápida respuesta sigue desempeñando un papel de primer orden en las decisiones que sobre la prisión preventiva se acuerdan en España.

[13] Algunas manifestaciones en tal sentido se produjeron en 2019 a propósito del caso de *Sandro Rosell*, absuelto tras haber pasado casi dos años en prisión preventiva por un supuesto delito de blanqueo. Algunos comentaristas de dicha decisión hablaron de "éxito" del sistema judicial (el abogado y profesor *Albert González* en artículo publicado en *Cinco Días* https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/05/01/economia/1556716579_397982.html), otros de muestra de que "el Estado de Derecho ha funcionado y la Justicia es extraordinariamente independiente" (el abogado *Pere Lluís Huguet* en declaraciones recogida en *Crónica Global,*

Desde una *perspectiva preventivo-especial* la prisión cautelar actúa *de facto* como una auténtica medida de seguridad que, mientras se encuentra vigente, evita posibles actos de reincidencia por parte del sujeto a quien se impone. Un efecto inocuizador que, por sí solo, en muchos ordenamientos jurídicos –el español inclusive- ya es razón suficiente para acordar esta medida cautelar, pese a la paradoja que supone tratar como potencial reincidente a aquel sujeto de quien todavía no se sabe a ciencia cierta si realmente cometió el primer delito.[14]

En realidad, de todos los fines tradicionalmente atribuidos a la pena de prisión *el único que no parece que pueda, ni deba, satisfacerse con la prisión provisional es la resocialización del preso*: la legislación penitenciaria española determina que el objeto exclusivo de tal medida es "retener" al interno a disposición de la autoridad judicial (art. 5 LOGP) y añade en tal sentido que los establecimientos de preventivos son únicamente "*centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos*" (art. 8 LOGP). En cuanto al tratamiento del recluso preventivo, el art. 64.1 LOGP señala que deberá limitarse a la observación necesaria para recoger la información que permita clasificarlo con otros presos de sus mismas características, siempre salvaguardando la presunción de inocencia.[15]

Por su parte, el Reglamento Penitenciario, cuando alude a los fines de la actividad penitenciaria, limita "*la reeducación y reinserción social*" a "*los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad*", mientras que en el caso de los "*detenidos, presos y penados*" el fin se concreta en su "*retención y custodia*". El art. 3.4 establece que, "*en cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados*", pero sin vincular dichas actividades a un tratamiento resocializador. En tal sentido, el mismo Reglamento en su art. 104 dispone que, "*cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal*" y añade que "*si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo*".

---

https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/deficiente-instruccion-clave-insolito-casorosell_239679_102.html).

[14] En España, por ejemplo, según dispone el art. 503.2 LECrim "También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos".

[15] Sobre estas clasificaciones el art. 16 LOGP señala que "*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 del tratamiento*.

En consecuencia: a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen; b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes; c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente; d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento; e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia". Aunque antiguo, es muy ilustrativo de las diferencias entre prisión preventiva y ejecución de la pena de prisión el trabajo de LANDROVE DÍAZ, «Prisión preventiva y penas privativas de libertad», *EPyC*, (7), 1982/83, p. 285 ss.

Ciertamente, supondría una abierta contradicción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que ya empezara a considerarse como culpable a efectos de tratamiento penitenciario a quien todavía no es seguro que haya delinquido.[16] Sin embargo, tal imposibilidad de tratamiento hace que *la prisión preventiva devenga una mera retención física del sujeto para mantenerlo a disposición de la autoridad judicial*, una privación de libertad con la que no se pretende ningún efecto de reinserción aun cuando su duración puede prolongarse durante varios años. En sentido inverso podría añadirse incluso que, si la resocialización fuera la única función que cumple la pena, seguramente no tendría sentido algo que nadie cuestiona, a saber, que el tiempo pasado en prisión preventiva de algún modo deba compensarse en la pena posterior.[17]

3. Los perjuicios de la prisión preventiva y de la pena de prisión en los derechos fundamentales del preso

Más allá de los efectos que genera materialmente la prisión provisional en el plano preventivo, lo cierto es que con su imposición se ven afectados severamente varios derechos de la persona investigada. Esta afectación constituye, precisamente, el componente aflictivo de esta medida que, de acuerdo con la citada teoría de los equivalentes funcionales, permite su compensación con la posterior pena de prisión. De modo más concreto, cabe advertir, cuando menos, afectaciones a tres derechos fundamentales: la libertad personal (1); la presunción de inocencia (2); y el derecho de defensa (3).

3.1. Afectación al derecho a la libertad personal (art. 17 CE)

(i) En primer lugar, y como es obvio, con la prisión provisional se ve afectado el *derecho fundamental a la libertad* de la persona investigada (art. 17 CE), que se ve menoscabado con el ingreso cautelar en prisión sin apenas posibilidad de salida, salvo ciertos permisos extraordinarios.[18] A tal afectación cabe añadir los perjuicios colaterales propios de toda pérdida

[16] Con todo, señalan algunos especialistas que en la práctica algunas actividades propias del tratamiento resocializador se acaban ampliando *de facto* a los presos preventivos a través de lo dispuesto en el art. 20 RP. En tal sentido NISTAL BURÓN, «Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de «presunción de inocencia", *DLL*, (7282), 2009, ap. IV.2, lo justifica afirmando que "esto es comprensible y no puede ser de otra manera, dado que los preventivos están privados de libertad igual que los internos penados y en algunos casos por largos espacios de tiempo; y que seguirán privados de dicha libertad, en el momento en el que sean condenados, lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra privación de libertad se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso, como por el modo en que se produce esa afectación".

[17] Por tal motivo es difícil de entender la regla que se prevé para los menores en el art. 28.5 de la LORPM, que establece que "el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar". No queda claro en esta previsión si se opta por un abono automático o bien flexible, lo que posiblemente sería más coherente con la naturaleza educativa que, en teoría, tienen las medidas aplicables a menores.

[18] El Reglamento Penitenciario (arts. 155 y 159) solo admite la posibilidad de otorgar a los presos preventivos los permisos extraordinarios del art. 155 RP, un precepto que establece que "*En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por*

de libertad, tanto en el ámbito familiar como profesional.[19] Por las razones ya expuestas, debido al fin estrictamente cautelar de la prisión provisional *el preso preventivo tiene vedadas una serie de posibilidades de salida del centro penitenciario que, sin embargo, el reo ya condenado sí tiene a su alcance*: desde los permisos de fin de semana hasta el régimen abierto, pasando por las posibilidades de salida previstas para los internos clasificados en régimen ordinario.[20] El mero hecho de que el preso preventivo no cuente siquiera con tales expectativas permite considerar *per se* más aflictiva la privación cautelar de libertad.[21]

Esta idea fue expresada con claridad por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 57/2008, de 28 de abril (ponente Conde Martín de Hijas). En dicha resolución el Tribunal se enfrentó a la cuestión de si un sujeto preso provisionalmente que, simultáneamente, estaba cumpliendo una pena de prisión tenía derecho a que la medida cautelar se le descontara de la futura pena o si, por el contrario, dicha medida no debía abonarse por tener un carácter meramente formal y no conllevar una aflicción real, al estar aplicándose simultáneamente a una pena de prisión. En dicha resolución el Tribunal se decantó a favor de la necesidad de compensación, argumentando que "*el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está 'materialmente' en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una 'privación de libertad meramente formal'*". Según esta resolución, la decisión cuestionada en amparo de no descontar la medida cautelar suponía una vulneración el art. 17 CE.[22]
La anterior sentencia fue dictada a propósito del caso del "penado mixto", esto es, aquel que cumple simultáneamente una pena de prisión y una medida cautelar. Según la interpretación más extendida, esta decisión del Tribunal Constitucional de admitir que un mismo día de privación de libertad surtiera a la vez efectos como pena y como medida sería desautorizada por

---

similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza" (art. 155 RP).

[19] No en vano, el art. 294.2 LOPJ, cuando dispone que se compense económicamente a quien haya pasado un tiempo en prisión preventiva sin haber sido finalmente condenado, establece que el cómputo de la cuantía se haga atendiendo no solo a su duración sino también a "*las consecuencias personales y familiares que se hayan producido*". También en la ya citada *supra* STC 85/2019 se alude a "las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella; por ejemplo, en los ámbitos familiar, social o laboral".

[20] Por ejemplo, lo dispuesto en el art. 117.1 RP, que dispone que "Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social".

[21] En la doctrina española ya BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 150, señaló en su momento que "la privación de libertad a través de la prisión provisional viene a suponer un mal mucho mayor que la privación de libertad a través de la pena privativa de libertad".

[22] Sobre esta resolución y sus consecuencias en la vigente redacción del art. 58.1 CE, cfr. JERICÓ OJER, «La nueva redacción del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada» *InDret*, (3), 2011, pp.1-25, con numerosas referencias adicionales. La misma autora reconoce (*ibidem*, p. 5) que "la situación real de los presos preventivos es muchísimo peor que la de los condenados, puesto que al no haber sido sentenciados no pueden ser clasificados ni tratados, de manera que se le imposibilita el disfrutar de algunos beneficios que la legislación penitenciaria vincula a la evolución del tratamiento".

el legislador en la posterior reforma efectuada del art. 58 CP por la Ley Orgánica 5/2010.[23] De dicha modificación legal deriva la redacción vigente de dicho precepto, que en la actualidad proclama de modo expreso que "*en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*".[24] Sin embargo, dicha desautorización legislativa no cuestiona el acierto de la constatación que se contiene en las frases reproducidas *supra* de la STC 57/2008, a saber, que la situación de prisión provisional tiene un mayor contenido aflictivo que la pena de prisión.[25]

Así lo constataría también posteriormente el Tribunal Supremo en su Sentencia 412/2010, de 7 de mayo (ponente Andrés Ibáñez), señalando asimismo en un caso de "penado mixto" que en la citada resolución del Tribunal Constitucional se había reconocido que "*las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas*".[26] A juicio de la Sala Segunda, "*el Tribunal Constitucional tenía ante una alternativa* [sic] *con la ineludible necesidad de optar. Ya fuera por un tratamiento meramente formal, nominalista incluso, del asunto, asimilando una a otra las dos situaciones de privación de libertad. O bien por atender al efecto real de las peculiaridades de cada uno de los dos usos de ese instrumento jurídico-penal en la materialidad del derecho de los afectados. Y, como se ha visto, es justamente esto segundo lo que ha hecho, con las mejores razones, a tenor de la calidad del derecho fundamental en juego*".

En atención al caso concreto constata asimismo el Tribunal Supremo cómo "*es verdad que en el caso que ahora se examina concurren algunas obvias particularidades diferenciales en relación con los otros dos considerados, pero, al fin, particularidades anecdóticas, una vez acreditado que la calidad de preso preventivo del ahora recurrente le impidió acceder al disfrute de los derechos que en otro caso podrían haberle correspondido legalmente en la simple condición de penado*". Conviene destacar de este último pasaje cómo, para constatar la mayor aflicción que conlleva la prisión preventiva, *el Tribunal Supremo considera suficiente la privación potencial de derechos que sufre el preventivo*, sin necesidad de entrar a especificar en qué concretos perjuicios se habría

---

[23] Según MUÑOZ DE MORALES ROMERO/RODRÍGUEZ YAGÜE, *Terrorismo vs. Leyes y jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, 2016, p. 21, "no fue solo su cuestionamiento jurisprudencial por parte del TS, sino también la presión mediática surgida por la aplicación de la doctrina del doble cómputo al miembro de ETA Antonio Troitiño, lo que finalmente llevó a la modificación del artículo 58 CP por parte del legislador a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de julio".

[24] Al respecto SÁNCHEZ TOMÁS, «Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: Crónica del espejismo de un problema de un conflicto que era de *calidad de ley», REDC*, (95), 2012, pp. 354 ss. Dicha desautorización se sostiene expresamente en la STS 395/2012, de 31 de mayo (ponente Conde-Pumpido Tourón), en la que se señala respecto de la interpretación constitucional que "dicha doctrina es contingente y cede ante una modificación legislativa". Sobre los problemas de retroactividad derivados de dicha reforma cfr. STS 4270/2019, de 20 de diciembre (ponente Polo García), que resume la evolución de la jurisprudencia.

[25] Como afirma SÁNCHEZ TOMÁS, *REDC*, (95), 2012, p. 372, "pervive una de las circunstancias que dio lugar a la objeción de constitucionalidad como es el mantenimiento de la situación de privación de libertad con un *status libertatis* —el derivado del carácter preventivo— más limitado que el que se produce con la condición de penado".

[26] Posteriormente dichos argumentos fueron esgrimidos de modo casi literal en el voto particular del Magistrado Perfecto Andrés a la STS 395/2012, de 31 de mayo, añadiendo además que "el Tribunal Constitucional, abandonando el terreno de lo formal-conceptual ha llevado su discurso al plano de la efectividad -la aflictividad- práctica de la medida de que se trata. Y ha puesto de relieve que la privación de libertad que impone la prisión provisional tiene, incluso, un plus de gravamen sobre el que es propio de la condena en régimen de cumplimiento".

materializado dicha privación. La determinación de tales perjuicios resulta ciertamente complicada, por no decir imposible, al exigir juicios de naturaleza hipotética, en la medida en que obliga a aventurar qué eventuales beneficios podría haber obtenido el sujeto si el período pasado en prisión cautelar se hubiera cumplido como parte de la ejecución de la pena.

De todos estos razonamientos cabe extraer la conclusión de que, por poner un ejemplo, para un acusado condenado a diez años de prisión *ceteris paribus* debe presumirse siempre como menos aflictivo empezar a cumplir la pena íntegramente tras la sentencia que hacerlo después de haber pasado dos años en prisión preventiva. Ello por cuanto durante el período de privación cautelar *no se habrá podido contar siquiera con la expectativa de aquellas medidas penitenciarias que suponen una menor intensidad en la privación de libertad,* una pérdida de expectativas que, en sí misma, ya supone un perjuicio. Por lo demás, la capacidad desocializadora de la prisión preventiva no es menor que la de la pena de prisión, especialmente cuando la primera se prolonga durante varios meses o años, con lo que ello conlleva en términos laborales y de estigmatización del sujeto afectado.[27] Como señala con acierto Manfred SEEBODE, no puede ignorarse que mientras el reo condenado suele contar con tiempo suficiente para prepararse en todos los sentidos para padecer la pena privativa de libertad, la prisión preventiva irrumpe siempre de manera abrupta en la vida profesional y el entorno familiar del detenido, lo que se traduce en una mayor afectación psíquica, provocada asimismo por la incertidumbre acerca de la duración de la pérdida de libertad:[28] no en vano, las estadísticas acreditan que el número de suicidios entre presos preventivos suele ser mayor.[29]

3.2. Afectación a la presunción de inocencia (art. 24 CE)

En segundo término, con la prisión provisional se ve afectada también la *presunción de inocencia del investigado*, pues debido a la dimensión materialmente punitiva de la prisión cautelar y a su similitud con la pena de prisión, inevitablemente la colectividad pasa a observar al todavía inocente como alguien que ya es culpable o prácticamente. Dicha percepción

---

[27] En este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El abono de la prisión provisional en el Proyecto de Código Penal», *EPyC*, (6), 1981/82, pp. 87-88, señala que "la influencia nociva de la prisión preventiva, especialmente entre los jóvenes y primarios, ha sido repetidamente puesta de relieve. La incertidumbre del interno preventivo sobre su situación jurídica, las condiciones de vida propias de los penados que tiene que soportar, en ocasiones durante tres o cuatro años, sin poderse acoger -por otra parte- a los beneficios de la redención de penas por el trabajo, la desconexión familiar, social y laboral, son factores que afectan de forma negativa a su personalidad y explican cumplidamente sus conflictivas conductas dentro de los establecimientos penitenciarios".

[28] SEEBODE, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, 1985, pp. 37-38.

[29] SEEBODE, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, 1985, pp. 40-41. En la monografía de este autor –publicada en 1985- se citan fuentes que acreditan que en el primer caso el número de suicidios es cinco veces mayor. Datos más recientes y próximos en BEDOYA *et al.*, «Incidencia del suicidio en las prisiones de Cataluña: análisis descriptivo y comparado», *RESP*, (11), 2009, señalan sobre el período estudiado (1990-2005) que "el 23,8% del conjunto de la población reclusa eran preventivos (r=19,7-39,8%), mientras que la mayoría de los internos que cometieron el suicidio eran preventivos (52,5%)". A partir de estos datos constatan los autores que "la situación preventiva parece muy relacionada con el suicidio, en consonancia con la precocidad del mismo tras el ingreso en prisión. Nuestros datos indican que el impacto del ingreso en prisión es un factor de riesgo fundamental de suicidio en la muestra estudiada, puesto que el 21,3% de los casos se produjeron durante la primera semana de ingreso en el centro penitenciario. Además, el suicidio en el departamento de ingresos está muy por encima del número de internos que permanecen habitualmente en esas dependencias. Esto mismo se ha demostrado estadísticamente en EEUU, Canadá y otros países".

anticipada de culpabilidad es, desde luego, mucho más intensa que la que concurre en aquellos casos en los que un sujeto es investigado judicialmente, pero permanece en libertad durante toda la fase de instrucción.

Ciertamente, en algunas de sus resoluciones el Tribunal Constitucional ha negado que la prisión preventiva menoscabe la presunción de inocencia al entender que "*este derecho no puede quedar comprometido por la adopción o mantenimiento de la medida de prisión provisional, puesto que el demandante no ha sido juzgado, ni sobre su conducta se ha producido pronunciamiento alguno derivado de la valoración de pruebas que no se han practicado*".[30] Sin embargo, dicho planteamiento solo puede aceptarse si se concibe la presunción de inocencia exclusivamente como el derecho a no ser *explícitamente* tratado por los poderes públicos como un sujeto ya culpable. En cambio, a poco que se dote a tal derecho de una mínima sustancia no cabe la menor duda de que el tratamiento que se dispensa al preso preventivo es muy similar al que padece el sujeto efectivamente condenado y así es como lo percibe casi siempre la opinión pública. Que la prisión preventiva pueda resultar compatible con la presunción de inocencia si se respetan ciertos límites de proporcionalidad en su imposición no significa que este derecho no se vea materialmente afectado, al igual que sucede con la libertad, cuando un inocente es puesto en prisión.

De otro modo no se entenderían previsiones como el art. 520 LECrim, que dispone que "*la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información*". En la misma línea cabe mencionar también, más recientemente, diversos pasajes de la Directiva (UE) 2016/343 por la que se refuerzan en el Proceso Penal determinados Aspectos de la Presunción de Inocencia y el Derecho a estar presente en el Juicio, que no son sino el reconocimiento de que el tratamiento que materialmente se dispensa al sospechoso durante el procedimiento incide negativamente en la percepción colectiva sobre su condición de inocente.

En todo caso, las consecuencias beneficiosas que puedan derivarse para el investigado preso de estas previsiones normativas son más bien escasas, ya con ellas se consigue evitar, a lo sumo, que se emitan ciertas declaraciones por parte de los poderes públicos o que se ofrezcan determinadas imágenes en las que el sujeto inocente sea tratado abiertamente como un reo ejecutoriamente condenado. Sin embargo, lo que no logra evitarse es precisamente aquello que causa mayor daño a la presunción de inocencia, esto es, el *mero conocimiento público de que el investigado ha sido puesto en prisión*, un perjuicio que solo cabría evitar de modo efectivo con mecanismos tan impropios de una sociedad democrática como la censura de los medios de comunicación. Más realistas resultan las diversas alusiones a la presunción de inocencia como derecho lesionado por la prisión preventiva contenidas en la ya citada Recomendación (2006) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: no en vano en el apartado 3 de este texto se reconoce el menoscabo a la presunción de inocencia proclamando, como primer principio general, que "*la prisión provisional de los investigados por delito debe ser la excepción y no la norma en atención a la presunción de inocencia como a la presunción en favor de la libertad*".

[30] STC 179/2005 (ponente García-Calvo y Montiel).

A propósito de los casos con especial trascendencia mediática, se advierte en la *STS 344/2019, de 4 de julio (ponente Polo García)*, sobre el llamado "Caso de la Manada" cómo "*son dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del poder judicial*". El hecho de que la afectación extraprocesal a dicho derecho fundamental sea resultado del legítimo ejercicio de la libertad de información y no deba determinar la nulidad de la sentencia judicial si no se constata una influencia excesiva en el órgano enjuiciador –como se sostiene en este concreto pronunciamiento-[31] no debe llevar a ignorar el perjuicio que, en sí mismo, supone semejante afectación a la presunción de inocencia.
En todo caso, cuando es conocido que alguien ha ingresado en prisión provisional, la afectación a la presunción de inocencia no queda simplemente en la citada influencia sobre la percepción colectiva, sino que también existe un cierto grado inevitable de *influencia sobre el propio tribunal de enjuiciamiento*, aunque sea de modo imperceptible y, por regla general, insuficiente para cuestionar su imparcialidad. Ello por cuanto, en el momento de decidir acerca de la culpabilidad o la inocencia, el tribunal sentenciador –aun siendo distinto del juez que en su día acordara la prisión- inevitablemente debe sentir en su ánimo el peso de saber que, con una eventual absolución, *se pondrá en evidencia que el sistema judicial ha causado un daño no justificado a una persona finalmente inocente*.

No hace falta ser un experto psicólogo para advertir que, en situaciones en las que el juez o tribunal no tiene totalmente claro el sentido de su decisión, la voluntad de evitar el descrédito para el sistema judicial en su conjunto es algo que puede acabar decantando la balanza del lado de la culpabilidad pese a que, obviamente, tal motivo no acabe apareciendo nunca expresado en la sentencia.[32] Por el contrario, cuando el acusado no ha pasado tiempo preso durante la instrucción esta eventual consecuencia negativa para el sistema judicial en caso de absolución deja de pesar en el ánimo del tribunal: el juez es mucho más libre para tomar la decisión que considere justa sin temor a desprestigiar a la propia administración a la que sirve si opta por

[31] En concreto afirma el Tribunal que "El objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si, como se dice en el motivo, la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido venir determinada por las noticias publicadas, con lo que el Tribunal aparecería como sustituto de la opinión pública y así acotado nuestro examen al citado extremo, hay que rechazar con toda claridad esa afirmación".
[32] Tal riesgo se advierte en MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, *DLL*, (3), 1996, ap. II, quien alude a "los peligros de todo orden que tal anticipada privación comporta, incluso creando, en el ánimo del justiciable, y en general del ciudadano, la sensación de que una prolongada prisión provisional puede influir luego en el Tribunal a la hora de dictar sentencia".

absolver.[33] El simple hecho de que quien le juzga no cuente con esta libertad es, en sí mismo, una desventaja para el sujeto que ha pasado por la prisión provisional.[34]

Ciertamente, en muchos casos la efectiva concurrencia de un perjuicio para la presunción de inocencia puede cuestionarse argumentando que, cuando un sujeto finalmente es condenado, el hecho de que se le haya menoscabado tal derecho durante la privación cautelar de libertad se ha acabado revelando como un perjuicio merecido, de tal modo que la medida cautelar habrá supuesto simplemente una anticipación de la pena legítima. Tal afirmación –que en todo caso no elimina la objeción que supone la mayor probabilidad de condena acabada de aludir- puede ser correcta en aquellos casos en los que la declaración de culpabilidad viene motivada exactamente por las mismas imputaciones que en su momento motivaron la prisión preventiva. Sin embargo, en la práctica es muy frecuente que, para justificar la privación cautelar de libertad, *las acusaciones o el instructor atribuyan a la persona investigada hechos delictivos de mayor gravedad que finalmente no se acaben materializando en la condena*, ya sea porque no se consideran probados por el órgano enjuiciador o bien porque no se reputan incardinables en los tipos delictivos esgrimidos por las partes acusadoras.

En tales supuestos se habrá producido también un perjuicio para la presunción de inocencia del sujeto, por cuanto ante la opinión pública se le habrá presentado como probable responsable de unos delitos que, *a posteriori,* se habrá confirmado que realmente nunca cometió. Ciertamente, este perjuicio concurre no solo en casos de prisión preventiva, sino siempre que se producen absoluciones parciales de sujetos acusados de delitos más graves: sin embargo, el encarcelamiento cautelar actúa, por así decirlo, como un amplificador de los efectos de dichas imputaciones, especialmente en los casos con trascendencia mediática. En todo caso, el hecho de que esta sea una afectación que puede no darse en todos los supuestos de prisión preventiva –o no con la misma intensidad- tendrá trascendencia cuando más adelante se determine cuál debería ser la regla de conversión aplicable (*infra* 4).

3.3. **Afectación al derecho de defensa (art. 24 CE)**

Finalmente, en los casos de prisión provisional suele verse afectado también el *derecho de defensa* del investigado, pues quien se encuentra en prisión tiene por lo general un acceso más difícil a los medios de prueba.[35] Ello resulta especialmente evidente en aquellas causas *cuya adecuada defensa requiere recabar elementos probatorios de localización difícil para el procesado* como, por ejemplo, mensajes electrónicos o archivos digitales que no resultan accesibles desde un centro penitenciario sin acceso a internet. La búsqueda que puedan efectuar los familiares, amigos o letrados del preso de tales fuentes de prueba por regla general no será tan efectiva

[33] Los datos aportados en 2010 en el estudio de GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico,* 2010, p. 516, señalan que, "en los procesos que llegaron a juicio, el 86% de las sentencias fueron condenatorias y en el 95% de ellas se impuso la pena de prisión al condenado", aunque la autora reconoce que "de todos modos, desconocemos la influencia real que la decisión de prisión preventiva en la instrucción produce sobre los órganos sentenciadores, y en qué medida puede llegar a determinar el sentido del fallo".

[34] Los estudios existentes al respecto en Estados Unidos ponen de manifiesto que con la prisión preventiva aumentan las probabilidades de condena: cfr. MANNS, «Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees», *CLR*, (26), 2005, pp. 1972 ss., con ulteriores referencias.

[35] Sobre la negativa afectación de la prisión preventiva al derecho de defensa cfr. WISEMAN, «Pretrial Detention and the Right to Be Monitored», *YLJ*, (123), 2014, pp. 1344 ss.

como la que pueda realizar el propio afectado. Y la obtención de los medios de prueba que no están al alcance de dichas personas recabando el auxilio del juez de instrucción impide el filtraje previo de aquellas pruebas incriminatorias que, en ejercicio de sus derechos fundamentales, el investigado podría realizar en caso de encontrarse libre. Con ello no se está afirmando que en tales casos no se garanticen los mínimos exigidos por el derecho constitucional de defensa, sino simplemente que el ejercicio de tal derecho se ve expuesto a unas trabas que no encuentra quien se mantiene en libertad durante la instrucción.

Asimismo, en aquellos casos en los que el sujeto haya pasado mucho tiempo privado cautelarmente de su libertad, la prisión preventiva puede acabar siendo un motivo para que dicho sujeto renuncie incluso a defenderse y *pacte un reconocimiento de culpabilidad con la acusación*, especialmente cuando dicho acuerdo tenga como consecuencia que se acabe rebajando la pretensión acusatoria hasta una pena que, una vez descontado el tiempo ya pasado en prisión, permita al acusado gozar en un breve plazo de beneficios penitenciarios o del cumplimiento total, sin correr el riesgo de pasar por un juicio en el que pueden serle impuestas penas mayores.[36] Así, por ejemplo, la decisión probablemente más racional de un procesado que lleva dos años en prisión preventiva y a quien la Fiscalía pide ocho años de prisión es declararse culpable y aceptar una rebaja de pena, por ejemplo, a tres o cuatro años, con la que en breve pueda aspirar a un régimen penitenciario más benigno. En tal sentido cabe advertir cómo en ciertos casos las prisiones provisionales prolongadas estimulan claramente las renuncias a defenderse y los reconocimientos de culpabilidad.[37]

Con todo, conviene observar que, al igual que sucede con la presunción de inocencia, la limitación del derecho de defensa puede no concurrir materialmente en todos los casos o no con la misma intensidad. Así, en aquellos supuestos en los que existe una cantidad abrumadora de prueba incriminatoria desde el inicio de la investigación las posibilidades de defenderse por parte del sujeto es posible que no cambien por el hecho de encontrarse privado de su libertad. O cuando el sujeto no tope con limitación alguna para solicitar todas aquellas pruebas que considera necesarias para poderse defender.

3.4. **Recapitulación**

A partir de los argumentos expuestos puede concluirse que con la prisión preventiva se produce una reacción de los poderes públicos frente al delito que, en términos aflictivos, resulta más severa que la pena de prisión, pues la primera ocasiona una limitación más intensa de la libertad deambulatoria del afectado y, en muchos casos, con ella también se menoscaba con mayor o menor intensidad su derecho a la presunción de inocencia y su derecho de defensa, dos derechos estos últimos que, por razones obvias, ya no tienen vigencia alguna en el caso de sujetos ejecutoriamente condenados.[38] Conviene insistir en que con ello no se está negando

---

[36] Sobre la relación entre prisión preventiva y acuerdos procesales DOBBIE/YANG, *Proposals for Improving the U.S. Pretrial System*, 2019, p. 10; WISEMAN, *YLJ*, (123), 2014, p. 1345.

[37] En los Estados Unidos denuncia esta situación MANNS, *CLR*, (26), 2005, pp. 1951 y 1963, quien describe cómo los fiscales tienden a menudo a exagerar las imputaciones que dirigen contra los detenidos a fin de facilitar su prisión provisional y/o facilitar sus confesiones. Según este autor (*ibidem*, p. 1973), "mientras un hombre o una mujer libre puede valorar un falso reconocimiento de culpabilidad como un perjuicio, un preso preventivo puede sacrificar su inocencia en aras de lograr la libertad".

[38] En este contexto resulta particularmente interesante la comparación detallada entre el régimen aplicable a reclusos preventivos y ejecutoriamente condenados ofrecida por NISTAL BURÓN, *DLL*, (7282),

que, de modo general, las restricciones constatadas puedan resultar legítimas si son proporcionadas en atención a los fines que pretenden preservarse con la prisión provisional. Pero que una restricción de derechos sea legítima no significa que ya no exista, como es particularmente evidente en lo que atañe a la restricción de la libertad.

Con toda razón, por tanto, el Tribunal Supremo en su Sentencia 412/2010 sostuvo que la prisión preventiva tienen un carácter "*sensiblemente más gravoso*" que la pena de prisión. Sin embargo, si ello es así, necesariamente deberá concluirse también que *la regla de conversión del "uno por uno" que aplican los tribunales españoles no puede considerarse justa*, en la medida en que con ella se trata la prisión preventiva como un equivalente funcional de la pena en el sentido más literal de la expresión cuando, en realidad, se causa a quien la padece un daño mayor al que ocasiona la propia pena. Como afirmara en su día con todo acierto Gerardo LANDROVE, "la prisión preventiva se convierte en una verdadera pena de privación de libertad, con todos sus inconvenientes y ninguna de sus ventajas".[39]

4. ¿Es posible otra regla de equivalencia?

Las anteriores páginas han permitido concluir que la regla según la cual un día de prisión preventiva debe equivaler a un día de pena de prisión no se sostiene de acuerdo con la teoría de los equivalentes funcionales de la pena. Sentada esta premisa, las preguntas que, de modo prácticamente automático, surgen a partir de la anterior conclusión son las dos siguientes: ¿Es legalmente posible otra regla de cómputo en Derecho español? ¿Cuál debería ser dicha regla en términos numéricos? Antes de darles respuesta, no obstante, conviene exponer lo que ha sostenido el Tribunal Supremo español cuando recientemente se le ha planteado de modo directo la posibilidad de aplicar una regla de abono distinta al tradicional "uno por uno".

4.1. La respuesta del Tribunal Supremo

En tres breves autos dictados por el Tribunal Supremo en fecha 24 de febrero de 2020 (ponente Marchena Gómez) se rechazó aplicar una regla de abono distinta de la tradicional en la condena de varios líderes independentistas catalanes condenados por el propio Tribunal. La respuesta de la Sala a la posibilidad planteada por la defensa de aplicar una regla de conversión de un día y medio por cada día de prisión preventiva fue literalmente la siguiente: "*Aún pudiendo admitirse que en la práctica (y no siempre: dependerá muchas veces de la duración concreta de la pena) el régimen de un preventivo presenta asimetrías en relación con el de un penado que pueden hacerlo más gravoso, el intento de computar los días de prisión preventiva de la manera postulada – otorgando un valor superior al día -36 horas se sugiere de cada 24 horas transcurridas- es, no solo contrario a la intuición y a la matemática, sino también a la ley (art. 58 CP) y a una inveterada práctica a la que vienen sometiéndose desde hace cientos de años todos los que han padecido prisión preventiva: no se atisban razones suficientes para cambiar ahora esa secular forma de interpretar el precepto, que, por otra parte, se considera la única ajustada a la letra y al espíritu de la norma*".

2009, ap. III, quien señala que, "si existe una diferencia sustancial entre el régimen penitenciario de los preventivos frente al de los penados, ésta se encuentra en los denominados beneficios penitenciarios, en concreto, en la exclusión de los internos en situación de preventivos del acceso a los mismos".

[39] LANDROVE DÍAZ, *EPyC*, (7), 1982/83, pp. 285-286.

De entrada, cabe señalar que las presentes resoluciones se apartan de pronunciamientos previos del mismo Tribunal pues, allá donde se dijo en la STS 412/2010 (ponente Andrés Ibáñez), citando al Tribunal Constitucional, que "*las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas*", ahora se afirma que esta diferencia dependerá de cada caso y, más en concreto, de la duración de la pena. En tal sentido, los citados autos no entran a analizar tampoco si, en los supuestos concretos resueltos, se daban o no las "asimetrías" que reconoce el Tribunal que en ocasiones pueden darse entre ambas formas de prisión. Asimismo, también es cuestionable la apelación a la intuición, a la matemática y a la Ley como motivos para mantener el criterio supuestamente tradicional: primero, porque la resolución intuitiva de los problemas jurídicos no parece un método hermenéutico demasiado aconsejable para el máximo intérprete de la legalidad si ello supone renunciar al estudio de las razones que subyacen a una determinada regulación; segundo, porque las matemáticas en modo alguno imponen –es obvio decirlo y se confirmará *infra* con ejemplos concretos- que la regla de compensación haya de ser forzosamente de "uno por uno"; y, tercero, porque la Ley (en este caso el art. 58 CP), como se expondrá en el apartado siguiente, admite interpretaciones diversas y, en todo caso, el juez penal siempre tiene en sus manos la posibilidad de una aplicación analógica *in bonam partem*, como demuestra la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Last but not least,* un estudio de las regulaciones históricas acredita que ni siquiera es correcta la afirmación de que la citada regla de conversión haya sido la tradicionalmente prevista por las leyes españolas (cfr. *infra* 4.3).

4.2. Posibles limitaciones derivadas del Derecho positivo

En contra de lo que pueda pensarse con una primera lectura superficial, la literalidad del Código Penal vigente no impone que la regla de equivalencia deba ser necesariamente "uno por uno". El art. 58.1 CP proclama simplemente que "*el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada*", sin que del establecimiento de una obligación de abono del tiempo pasado en prisión preventiva se desprenda forzosamente que la regla de cómputo en el momento de dicho abono deba ser la equivalencia cuantitativa en su sentido más literal.[40]

En todo caso, si se entendiera que el anterior enunciado establece una regla de compensación "uno por uno" existen dos vías con las que los jueces y tribunales pueden remediar los efectos de dicha regla si se entienden injustificados: la primera, y más sencilla, es acudir a la analogía *in bonam partem*, ya empleada en el pasado por los tribunales españoles en la compensación de medidas cautelares con penas y, en general, en la apreciación de determinados equivalentes funcionales de la sanción, como las citadas dilaciones indebidas (cfr. *supra* 2);[41] la segunda

[40] La regla del "uno por uno" sí se prevé en otros ordenamientos de modo expreso. Así, por ejemplo, el art. 348 del Código Procesal Penal chileno establece: "(...) *La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado*". Más detalles sobre la regulación chilena en HERNÁNDEZ BASUALTO, «Abono de prisión preventiva en causa diversa», informe jurídico emitido a petición de la Defensoría Nacional, 2009 (disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4185-2.pdf).

[41] Sin ir más lejos, la posibilidad de abonar la prisión preventiva sufrida en una causa a otra distinta (el llamado "abono impropio") fue reconocida por los tribunales antes de que contara con reconocimiento

opción, si la ambigua literalidad del art. 58 se considera una barrera insuperable, sería plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Cualquiera de estas dos vías permite al órgano judicial evitar algo tan poco satisfactorio, por las razones descritas, como compensar con un día de prisión cada día que el reo ha estado sometido a una medida cautelar que se reconoce como sensiblemente más gravosa.

Lo dicho para el sistema español parece asimismo trasladable a otros sistemas jurídicos que prevén una regulación similar. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 137 del Código Penal italiano ("*la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva o dall'ammontare della pena pecuniaria*");[42] el art. 80 del Código Penal portugués ("*A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas*");[43] o del art. 51 del Código Penal alemán ("*Hat der Verurteilte aus Anlaß einer Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist oder gewesen ist, Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung erlitten, so wird sie auf zeitige Freiheitsstrafe und auf Geldstrafe angerechnet*").[44]

4.3. La concreción numérica en el Derecho comparado

Más complicado resulta concretar cuáles deberían ser los términos numéricos de una regla de conversión que valorase adecuadamente las diferencias aflictivas constatadas entre medida cautelar y pena. Ciertamente, toda traslación numérica de valoraciones jurídicas entraña, casi siempre, un cierto grado de arbitrariedad, aunque en el presente caso esta arbitrariedad sea inferior a la que se observa en una aplicación automática del "uno por uno". Con todo, para desacralizar de entrada esta regla de abono y confirmar que no ha sido siempre el criterio legalmente previsto, conviene advertir que, *en las regulaciones que se han sucedido a lo largo de la historia de la codificación española, se han previsto otras reglas de compensación*, a menudo explicables por el distinto contenido aflictivo que comportaba la pena privativa de libertad (que podía llevar asociados trabajos para el reo en función de que fuera correccional o no) y también por cuestiones de corte preventivo, como el hecho de que el reo fuera o no reincidente.[45]

---

legal expreso. Cfr. al respecto SÁNCHEZ TOMÁS, *REDC*, (95), 2012, p. 353 (con las oportunas referencias a las resoluciones del Tribunal Supremo en nota 14, entre las que se incluyen apelaciones a la "justicia material").

[42] Para más detalles sobre la aplicación práctica de esta regla en Italia, APRILE, «Artículo 37», *Codice Penale*, v. 5, 2010, pp. 73 ss.

[43] Para más detalles sobre la regulación portuguesa y su aplicación práctica cfr. PINTO DE ALBURQUERQUE, «Artículo 80», *Comentário do Código Penal*, 3ª ed., 2015, con ulteriores referencias.

[44] En Alemania la regla de cálculo aplicada por los tribunales es, como en España, la de un día de prisión por día de prisión preventiva (§ 51 StGB). En el caso alemán, no obstante, conviene señalar que el mismo precepto faculta al juez para que no aplique el abono, o lo haga únicamente de modo parcial, "cuando este no venga justificado por el comportamiento del reo con posterioridad al hecho". Algunos autores (KETT-STRAUB, «§ 51», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 16-22; KINZIG, «§ 51», *StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 17-20; MAIER, «§ 51», *MüKoStGB*, 3ª ed., 2016, nm. 36-39) apuntan a que esta excepción puede aplicarse cuando el reo en su momento hubiera provocado una prolongación de la medida cautelar, sin que a tal efecto puedan valorarse conductas propias del ejercicio del derecho de defensa.

[45] Cabe destacar, en particular, lo dispuesto en su día por la Ley de 17 de enero de 1901, de Regulación del Abono de Tiempo de Prisión Preventiva en Causas Criminales. Sobre los antecedentes históricos véase el exhaustivo resumen ofrecido por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *EPyC*, (6), 1981/82, pp. 91 ss. Cfr. asimismo

Ciertamente, en Derecho español no existen antecedentes de una regla de compensación que otorgue mayor peso a la prisión preventiva, sino todo lo contrario: pero en el proceso de creciente humanización y búsqueda de la proporcionalidad que, en términos generales, ha vivido el Derecho penal a lo largo de los últimos siglos nada debería obstar a invertir esta tendencia histórica.[46]

En tal sentido, y como un importante precedente a considerar en el que sí se otorgó mayor peso a la prisión preventiva, cabe mencionar la *Ley argentina 24.390* aprobada el año 1994 y derogada en 2001. El art. 7 de esta Ley establecía que por cada día de prisión provisional debían abonarse al reo dos días de la pena de prisión, pero solamente a partir del momento en que se rebasara el plazo de dos años en el que se había situado la duración máxima ordinaria de esta medida cautelar. En cierto modo con esta regla pretendía compensarse al sujeto también por la dilación del procedimiento y estimular a los poderes públicos para que, en tales casos, aceleraran la tramitación de la causa.[47]

En este sentido conviene añadir, a modo de breve excurso, que este último es también un efecto positivo que no cabe obviar de la propuesta de atribuir a los días de prisión preventiva un mayor peso en su abono a la posterior pena de prisión: el hecho de que con una regla de compensación que otorgue mayor importancia a la medida cautelar algunas autoridades judiciales puedan considerar que la prisión preventiva actúa como una suerte de beneficio -o incluso "premio"- para quien la sufre puede contribuir a moderar el uso de esta medida y a limitarla a aquellos casos y durante aquel tiempo en los que sea estrictamente necesaria, acelerando aun más, si cabe, la tramitación de las causas con preso. Una idea similar expresó el Tribunal Supremo en su Sentencia 1045/2013 (ponente Marchena Gómez), en la que, a propósito de compensar con la pena de prisión las comparecencias *apud acta* impuestas al investigado durante la instrucción, argumentó que dicha compensación "contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares". *Mutatis mutandis*, el eventual reconocimiento del mayor carácter gravoso de la prisión preventiva respecto de la pena de prisión es posible que contribuya a que muchos instructores se pregunten si realmente resulta imprescindible la imposición de la primera, aunque solo sea con la voluntad de no "premiar" al investigado.

SÁNCHEZ TOMÁS, *REDC*, (95), 2012, pp. 352-253 (esp. nota 12). Una regla de esta naturaleza se encuentra todavía vigente en el Código Penal argentino, que en su art. 24 dispone que "*la prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco*".

[46] En esta línea conviene mencionar que el Tribunal Constitucional consideró en su Sentencia 56/1997, de 17 de marzo (ponente Cruz Villalón), que el arresto domiciliario aplicado en el ámbito castrense debía considerarse prisión a todos los efectos y que cada día pasado en dicha situación de prisión atenuada debía abonarse a la posterior pena. Partiendo de esta premisa, ¿es acaso equitativo que a quien ha pasado la detención cautelar en su casa se le descuente la misma pena que al que ha estado detenido en un centro penitenciario?

[47] La Ley, no obstante, fue derogada debido al revuelo mediático ocasionado por el beneficio que suponía para muchos reclusos y, en particular, por el hecho de que también se beneficiaran de sus efectos personas condenadas por delitos contra la humanidad relacionados con las graves violaciones de derechos humanos acontecidas durante la dictadura militar de la década de 1970. Cfr. al respecto el informe de Amnistía Internacional disponible en https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/05/Sobre-2X1.pdf. Con posterioridad ha resultado especialmente polémica la cuestión de los efectos en el tiempo de dicha Ley durante los años en los que estuvo vigente.

En tal sentido, y volviendo al Derecho comparado, un modelo muy interesante es el aplicado en *Canadá, donde hasta el año 2009 la práctica usual de los tribunales era la de restar a los acusados dos días de la pena de prisión impuesta por cada día pasado en prisión provisional*. Dicha práctica fue cuestionada por la Fiscalía, pero confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia del "*caso R. c. Wust"*[48] del año 2000, con el argumento de que "sostener que la prisión preventiva no puede considerarse en el posterior castigo porque el sistema legal no castiga a inocentes es un juego de palabras que no reconoce la realidad de la prisión preventiva". En palabras de los magistrados: "*dead time is real time*". Según el Tribunal la regla de "dos por uno" aplicada por muchos jueces era correcta, aunque la proporción podía cambiar si, por ejemplo, el acusado hubiera sido privado de libertad en una institución en la que hubiera tenido acceso a programas educativos o resocializadores. En palabras del Tribunal, la citada *ratio* permitía reflejar la mayor dureza de la detención por la falta de programas y la imposibilidad de aplicar a los preventivos otros medios de control.

En el año 2009 el legislador canadiense decidió por medio de la *Truth in Sentencing Act* reducir la discrecionalidad judicial e imponer un sistema de compensación en el que, de modo general, se aplicaba la regla del "uno por uno", pero que en situaciones debidamente justificadas podía admitir una *ratio de* "uno y medio por uno". En su Sentencia del año 2014 sobre el "*caso R. c. Summers"*[49] el Tribunal Supremo manifestó que "la mera pérdida de la posibilidad de acceder a la libertad anticipada será base suficiente para aplicar la regla del 1,5 por 1 aun cuando las condiciones de la detención no sean particularmente severas y la libertad condicional (*parole*) resulte improbable". En tal sentido, el Tribunal sostuvo expresamente en su fallo que las circunstancias que permiten aplicar el "1,5 por 1" no deben ser necesariamente excepcionales, aunque esto suponga que la supuesta excepción se aplique más a menudo en la práctica que la supuesta regla general (el "uno por uno"). Con todo, los magistrados admitieron que la regla no se aplique cuando el juez considere inviable cualquier forma de libertad anticipada.

Finalmente, cabe mencionar también cómo en *Alemania se han admitido reglas de compensación distintas del "uno por uno" en caso de privaciones de libertad cautelares acontecidas en el extranjero* de acuerdo con la habilitación que el Código Penal (§ 51.4.2) contiene para que el juez proceda a una adecuada compensación.[50] A tal efecto, los jueces alemanes pueden ponderar circunstancias tales como condiciones especialmente restrictivas de privación de libertad (prohibiciones de comunicación con el exterior) o especialmente gravosas (prisiones

---

[48] Disponible en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1780/index.do. Una amplia perspectiva sobre la cuestión en Canadá en MANSON, «Pre-sentence custody and the determination of sentence (or how to make mole hill out of mountain)», *CLQ*, (49-3), 2004, pp. 292-350.

[49] Disponible en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13586/index.do.

[50] De modo general, la necesidad de considerar las condiciones del centro penitenciario a la hora de valorar el carácter aflictivo de la pena de prisión es abordada también dentro de su teoría de los equivalentes funcionales por SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 152-155, quien admite que, en el caso de prisiones con condiciones muy inadecuadas por razones higiénicas, de saturación etc., cabe imaginar como posible remedio la aplicación de reglas de cómputo que reduzcan la duración de la pena, aunque finalmente se decante por soluciones más radicales como prescindir de la propia ejecución y limitar la pena a su imposición simbólica. En el ámbito latinoamericano es especialmente importante la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018, que requirió a Brasil por las pésimas condiciones de un centro penitenciario obligándole, entre otros pronunciamientos, a abonar a la mayoría de reclusos dos días de condena por cada día de privación de libertad pasado en dicho centro.

con sobreocupación, falta de condiciones higiénicas, etc.). En tales casos se han aplicado reglas de compensación de "1,5 por 1" o "1 por 2", habiéndose llegado a aplicar por el *Landgericht* de Stuttgart en 2011 una equivalencia de "4 por 1" en el caso de un sujeto recluido en una prisión iraquí donde fue sometido a malos tratos.[51]

4.4. Criterios para una regla de abono flexible

Dicho lo anterior, y pasando a la concreta regla de abono propuesta, según se ha expuesto en páginas anteriores los perjuicios derivados de la prisión preventiva no son los mismos en todos los casos, por lo que parece aconsejable optar por una *regla flexible de compensación* que pondere la correspondiente afectación a los derechos fundamentales mencionados. En palabras del Tribunal Supremo del Canadá, "*the credit cannot and need not be determined by a rigid formula and is thus best left to the sentencing judge, who remains in the best position to carefully weigh all the factors which go toward the determination of the appropriate sentence*". A tal efecto se propone considerar los siguientes factores:

(i) En primer lugar, de qué manera el tiempo pasado en prisión preventiva puede haber *dificultado el acceso del acusado a ciertos beneficios* que son privativos de la pena de prisión. Obviamente este cálculo exige un cierto grado de especulación comparando la situación realmente acontecida con otra que no se ha llegado a producir (esto es: a qué beneficios habría accedido el sujeto y cuándo los habría alcanzado si la pena se hubiera ejecutado íntegramente tras alcanzar la firmeza). Sin embargo, que tal cálculo no pueda efectuarse no obsta a reconocer que la probabilidad de obtener tales beneficios puede ser más o menos elevada según las circunstancias del caso concreto. Con todo, en atención al carácter *"sensiblemente más gravoso"* de la medida cautelar reconocido en la citada STS 412/2010 a la mera privación de la expectativa de beneficios, por más improbable que fueran estos, se le deberá atribuir siempre un cierto valor en la compensación (por ejemplo: 0,1 días).

(ii) Otro factor a ponderar en el momento del abono puede ser la *situación geográfica del centro penitenciario* en el que se haya dado cumplimiento a la medida cautelar. Así, mientras que la regla general en el caso de la ejecución de la pena de prisión es su cumplimiento en una prisión cercana al domicilio del reo, en el caso de la prisión provisional este principio puede pasar a un segundo plano cuando la ubicación del juzgado instructor no coincida con la del domicilio. En tales casos suele darse preferencia a la sede judicial para facilitar la asistencia del investigado preso a cuantas diligencias sean necesarias, pero ello supone una mayor aflicción para dicho sujeto, a quien se mantiene alejado de sus familiares. Un alejamiento mucho menos probable en quien cumple íntegramente la condena tras su firmeza.

(iii) Respecto a la *presunción de inocencia* deberían compararse los delitos por los que el sujeto fue investigado, acusado y puesto en prisión y aquellos por los que finalmente ha sido condenado. En tal juicio no solamente convendría valorar hechos imputados, sino también calificaciones, pues es evidente que estas –aunque los hechos sean los mismos- tienen una evidente capacidad de afectar negativamente a la fama pública del sujeto todavía inocente. En

[51] Aporta las correspondientes referencias MORGENSTERN, *Die Untersuchungshaft*, 2018, pp. 624-630. El criterio usual entre países de la Unión Europea es el "uno por uno", una equivalencia que, según esta autora, probablemente se aplique con excesivo automatismo (*ibidem*, pp. 627-629 y 667) teniendo en cuenta que la situación de las prisiones en los diversos países de la Unión dista mucho de ser uniforme.

este punto cabrá ponderar también la trascendencia mediática que el caso haya tenido o posibles actuaciones de los poderes públicos tratando ya al encausado como un sujeto culpable antes de su efectiva condena.

(iv) En cuanto al *derecho de defensa,* deberá valorarse si el hecho de haber estado en prisión puede haber supuesto alguna traba para el acusado en la obtención de pruebas de descargo. A tal efecto deberán tenerse en cuenta no solamente aquellas diligencias que hayan sido denegadas al investigado para la obtención de pruebas que, si hubiera estado en libertad, habría podido obtener por sus propios medios, sino en general la naturaleza del delito imputado y de las pruebas necesarias para su defensa. En casos de conformidad, deberá ponderarse asimismo si el hecho de haber pasado mucho tiempo privado cautelarmente de libertad puede haber convertido en poco razonable la decisión de optar por defenderse en un juicio en lugar de llegar a un acuerdo con la acusación.

Todos estos factores –y posiblemente alguno más infrecuente como una posible incomunicación por causas no imputables al sujeto-[52] deberían ponderarse mediante la aplicación de una regla flexible de abono, que *podría moverse entre la atribución a cada día pasado en prisión provisional de un valor de 1,1 días en supuestos de mínima afectación hasta los dos días en los casos de afectación máxima*. Estos últimos supuestos serían aquellos en los que, debido a la prisión cautelar, el sujeto se hubiera visto privado de beneficios penitenciarios muy probables, alejado de su domicilio habitual, expuesto a imputaciones de delitos muy graves desvirtuadas en su práctica totalidad tras un procedimiento con una elevada exposición pública y con trabas evidentes para el acceso a fuentes de pruebas. En el extremo contrario ("1,1 por 1") estarían aquellos reos en los que la obtención de beneficios hubiera sido poco probable en caso de haber sido condenados sin pasar por prisión preventiva, en los que los delitos alegados para la medida cautelar y los que motivan la condena sean idénticos (o prácticamente) y en los que no se constate que la privación cautelar haya limitado el derecho de defensa. Entre estas dos situaciones extremas se situarían los restantes casos imaginables.[53]

Por último, existen *situaciones en las que la equivalencia debería ser automáticamente la de "dos por uno"*. Serían aquellos casos en los que el sujeto hubiera pasado un período en prisión preventiva posteriormente considerado como no conforme a Derecho en la resolución de los correspondientes recursos presentados contra dicha medida, ya sea ante el órgano de apelación correspondiente (normalmente la respectiva Audiencia Provincial), ante el Tribunal Constitucional o ante instancias supranacionales. En tales situaciones es la propia administración de justicia la que acaba reconociendo que el sujeto ha pasado un tiempo en prisión preventiva de modo contrario a Derecho. Aunque no forzosamente en tales casos deba concurrir siempre un delito de prevaricación o detenciones ilegales por parte del juez que acordó la prisión (la estimación del recurso puede deberse a una simple discrepancia jurídica),

---

[52] El art. 509.1 LECrim dispone que "*El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal*".

[53] En el caso particular de la pena de prisión permanente revisable el abono de la prisión preventiva conforme a estas reglas debería tenerse en cuenta, al menos, en la determinación de los períodos mínimos para la revisión (art. 92 CP).

resulta incuestionable que *en dichas situaciones se ha producido una afectación de los derechos del sujeto que el propio sistema judicial ha calificado de injustificada*. Ello debería valorarse en el momento de abono de la prisión preventiva para reconocer al investigado que se ha producido un "sacrificio" (por emplear la expresión del Tribunal Constitucional) innecesario de sus derechos y para generar el efecto ya aludido de autocontención en el uso de esta medida por parte de jueces y fiscales.

Del mismo modo, y a la inversa, cabe admitir que se mantengan los términos de la conversión en el tradicional "uno por uno" *cuando el sujeto haya provocado con su comportamiento la aplicación de la medida cautelar*. Por ejemplo, en los casos de efectiva huida, no bastando a tal efecto con la apreciación de un mero riesgo de tal actuación. En aquellos países que tradicionalmente han previsto un sistema no imperativo de abono, estos últimos son los casos en los que habitualmente se ha entendido que la medida cautelar no debía ser abonada.[54] Sin embargo, resulta absolutamente inasumible no reconocer en absoluto al sujeto que el tiempo pasado en prisión preventiva ha cumplido ya una parte de las funciones propias del castigo, como sucede en caso de denegarse cualquier abono. Más proporcionado en tales situaciones parece aplicar estrictamente la regla del "uno por uno" haciendo así responsable al sujeto, con su comportamiento procesal efectivo, de los perjuicios añadidos que le pueda comportar una privación cautelar de libertad que la administración de justicia no ha tenido otro remedio que aplicar para evitar la frustración de los fines de su proceso.

5. Consideración final

Afirma el Tribunal Supremo en sus autos de 24 de febrero de 2020, en defensa de la bondad del criterio tradicional del "uno por uno", que "*no se atisban razones suficientes para cambiar ahora esa secular forma de interpretar el precepto, que, por otra parte, se considera la única ajustada a la letra y al espíritu de la norma"*. Con las anteriores páginas ha pretendido mostrarse que, discrepando del Tribunal, sí existen buenas razones para replantearse esta tradicional manera de proceder y de aceptar que, tanto la letra como el espíritu de las normas penales vigentes, son perfectamente compatibles con una regla de abono que considere, en beneficio del reo, *la mayor aflicción que la prisión provisional ocasiona a aquellas personas inocentes a quienes se impone tan gravosa medida cautelar*. Si de verdad la prisión preventiva es sensiblemente más gravosa que la pena de prisión, como el propio Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional habían reconocido en otras resoluciones anteriores, ¿no ha llegado ya el momento de dejar de otorgarles exactamente el mismo valor aflictivo cuando se trata de ejecutar dicha pena?

6. Bibliografía

APRILE (2010), «Artículo 37», en LATTANZI/LUPO, *Codice Penale*, vol. 5, Giuffré Editore, Milán, pp. 73 ss.

[54] Cfr. los ejemplos citados en BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 150. En Alemania autores como JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1993, p. 814, apuntan a que el abono debería denegarse en situaciones *a priori* menos probables como "*cuando el acusado hubiera buscado prolongar la prisión provisional para procurarse ventajas injustificadas o de cualquier otro modo hubiese dilatado malévolamente el proceso*".

BARONA VILAR (1988), *Prisión provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona.

BEDOYA *et al.* (2009), «Incidencia del suicidio en las prisiones de Cataluña: análisis descriptivo y comparado», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, (11) (disponible en scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202009000200002).

DOBBIE/YANG (2019), *Proposals for Improving the U.S. Pretrial System*, The Hamilton Project, Washington (disponible en http://www.hamiltonproject.org/assets/files/DobbieYang_PP_20190314.pdf).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1981/82), «El abono de la prisión provisional en el Proyecto de Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (6), pp. 86 ss.

FREUND (2004), «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», Trad. a cargo de R. Ragués, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, pp. 92 ss.

GUERRA PÉREZ (2010), *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HERNÁNDEZ BASUALTO (2009), «Abono de prisión preventiva en causa diversa», informe jurídico emitido a petición de la Defensoría Nacional (disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4185-2.pdf).

JERICÓ OJER (2011), «La nueva redacción del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada», *InDret. Revista para el análisis del Derecho,* (3), pp. 1 ss.

JESCHECK (1993), *Tratado de Derecho penal. Parte general,* trad. de J.L. Manzanares, 4ª ed., Comares, Granada.

KETT-STRAUB (2017), «§ 51», en KINDHÄUSER *et al., Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 5ª ed., Nomos Verlagsgessellschaft, Baden-Baden.

KINZIG (2019), «§ 51», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich.

KRAUß (1971), «Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren», en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Carl Heymanns, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1971, pp. 153 ss.

LANDROVE DÍAZ (1982/83) «Prisión preventiva y penas privativas de libertad», *Estudios Penales y Criminológicos*, (7), pp. 281 ss.

MAIER (2016), «§ 51», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich.

MANNS (2005), «Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees», *Cardozo Law Review*, (26), pp. 1947 ss.

MANSON (2004), «Pre-sentence custody and the determination of sentence (or how to make mole hill out of mountain)», *Criminal Law Quarterly*, (49-3), pp. 292 ss.

MANZANARES SAMANIEGO (2020), «El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, (9563).

——— (1976), «El abono de la prisión provisional a la multa», *Boletín del Ministerio de Justicia*, (1049), pp. 3 ss.

MILANS DEL BOSCH YJORDÁN DE URRÍES (1996), «Aspectos sustantivos de la prisión preventiva. (Especial referencia a su abono a la condena posterior)», *Diario La Ley*, (3), pp. 1366 ss.

MORGENSTERN (2018), *Die Untersuchungshaft,* Nomos Verlag, Baden-Baden.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO/RODRÍGUEZ YAGÜE (2016), *Terrorismo vs. Leyes y jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NISTAL BURÓN (2009), «Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de presunción de inocencia», *Diario La Ley*, (7282).

PASTOR (2001), «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, pp. 793 ss.

PINTO DE ALBURQUERQUE (2015), *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa.

SÁNCHEZ TOMÁS (2012), «Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: Crónica del espejismo de un problema de un conflicto que era de *calidad de ley*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (95), 2012, pp. 354 ss.

SEEBODE (1985), *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, Walter de Gruyter, Berlín.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

WEIGEND (1989), *Deliktsopfer und Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlín.

WISEMAN (2014), «Pretrial Detention and the Right to Be Monitored», *The Yale Law Journal*, (123), pp. 1344 ss.

InDret
3.2020

Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla-La Mancha

Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos

Sumario

-

El trabajo propone la aparición de un nuevo sector dentro del Derecho penal económico cuyo objetivo sería la protección de los Derechos humanos y la sanción de las empresas multinacionales. Este nuevo sector debiera estar impulsado por la UE, que en los últimos años y a partir de diversas fuentes ha ido promulgando un conjunto de directivas y reglamentos que inciden en este ámbito. El Derecho penal de los Derechos humanos vendría a complementar las posibilidades que hoy ya ofrece el Derecho penal internacional para sancionar estas conductas. El fundamento de las nuevas incriminaciones que se encuentra en este trabajo conecta con las obligaciones de cumplimiento normativo (due diligence) *que se han establecido en los Principios rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales e igualmente con los nuevos deberes de transparencia vinculados con la información no financiera.*

Abstract

-

The work proposed the emergence of a new sector within economic criminal law whose objective would be the protection of human rights and the sanctioning of multinational companies. This new sector should be promoted by the EU, which in recent years and from various sources has been enacting a set of directives and regulations that affect this area. The economic criminal law of human rights would complement the possibilities already offered by international criminal law to sanction these conducts. The basis of the new incriminations found in this work connects with the obligations to establish compliance measures (due diligence) that have been established in the United Nations Guiding Principles for Multinational Enterprises and also with the new duties of transparency linked to non-financial information.

Abstract

-

Die Arbeit stellt die Entwicklung eines neuen Sektors innerhalb des Wirtschaftsstrafrechts vor, dessen Ziel der Schutz der Menschenrechte und die Sanktionierung von multinationalen Unternehmen ist. Dieser neue Sektor sollte von der EU gefördert werden, die in den letzten Jahren eine Reihe von Richtlinien und Verordnungen erlassen hat, die diesen Bereich betreffen. Das Wirtschaftsstrafrecht der Menschenrechte würde die bereits durch das Völkerstrafrecht bestehenden Möglichkeiten zur Sanktionierung dieser Verhaltensweisen ergänzen. Die Grundlage der in dieser Arbeit vorgeschlagenen neuen Straftatbestände liegt in den Verpflichtungen zur Festlegung von Compliance Maßnahmen, die in den Leitprinzipien der Vereinten Nationen für multinationale Unternehmen festgelegt wurden, sowie in den neuen Transparenzverpflichtungen im Zusammenhang mit nichtfinanziellen Informationen.

Title: *Towards an European economic criminal law in human rights*

Titel: *Auf dem Weg zu einem europäischen Wirtschaftsstrafrecht der Menschenrechte*

Palabras clave: *empresas multinacionales y derechos humanos, cumplimiento normativo, información no financiera, responsabilidad penal de personas jurídicas*

Keywords: *multinational companies and human rights, compliance in human rights, non-financial information, criminal liability of legal entities*

Stichwörter: *multinationale Unternehmen und Menschenrechte, compliance in Menschenrechte, nicht-finanzielle Informationen, strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.05

-

InDret

3.2020

Recepción
13/04/20
-
Aceptación
08/05/20
-

Índice

-

1. Derecho penal económico de los DDHH v. Derecho penal internacional económico
2. Los límites del Derecho penal internacional económico
3. El Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos
3.1 La protección de los Derechos humanos como objeto de la regulación de la actividad empresarial
a. Cumplimiento normativo en Derechos humanos
b. La respuesta en los ordenamientos nacionales
c. La regulación europea del comportamiento empresarial en materia de Derechos humanos
3.2 Delitos y penas en el Derecho penal económico europeo de los DDHH
a. Receptación de bienes o servicios producidos con violaciones a los DDHH
b. Embargos y exportaciones condicionadas al cumplimiento de deberes de due diligence
c. Incumplimiento genérico de las obligaciones de due diligence
d. La falsedad en el balance no financiero
e. La responsabilidad de los certificadores y auditores
f. La competencia de la UE
4. Bibliografía

-

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

1. Derecho penal económico de los DDHH v. Derecho penal internacional económico*

En los últimos años la UE ha publicado dos normas que establecen obligaciones de las empresas, especialmente multinacionales, destinadas a garantizar que su actividad sea respetuosa con los Derechos humanos; me refiero concretamente el Reglamento 2017/821 relativo a la exportación de minerales procedentes de zonas de conflicto[1] y a la Directiva 2014/95 sobre información no financiera.[2] Ambos textos forman parte de una incipiente estrategia que parte de la existencia de obligaciones positivas de las empresas hacia los Derechos humanos. El Reglamento relativo a los "minerales en zonas de conflicto" obliga a las empresas importadoras de determinados minerales a velar porque sus proveedores a lo largo de la cadena de suministro respeten los Derechos humanos, imponiéndoles obligaciones de *due diligence*. En la extracción de estos minerales son frecuentes los trabajos forzados, la trata de personas o su comercio sirve para la financiación de grupos armados, la corrupción o el blanqueo de capitales. La Directiva sobre los "estados no financieros" establece obligaciones de transparencia: las grandes empresas deben informar de cuáles son precisamente las medidas que está adoptando para cumplir con su obligación de respetar los Derechos humanos, el medio ambiente o la corrupción. Esta nueva estrategia basada en el cumplimiento normativo y la transparencia proceden en gran parte de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas multinacionales y Derechos humanos, que la UE recogió a través de la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas[3] y el Plan de Acción de la UE para los Derechos humanos y la Democracia aprobado en 2012.[4]

Aunque los Principios rectores de Naciones Unidas hacen referencia a la necesidad de utilizar el Derecho penal con el fin de castigar las violaciones a los Derechos humanos,[5] las normas europeas antes citadas no han tomado posición alguna al respecto, dejando abierto el modo en que debe sancionarse la infracción a sus disposiciones. El objetivo principal de este trabajo consiste, precisamente, en ofrecer una primera reflexión acerca de cómo conformar la intervención penal en esta materia (*supra* 3.2). Para ello se proponen una serie de tipos penales, pertenecientes al Derecho penal económico, que podrían ser objeto de armonización, a

---

* Autor de contacto: Adán Nieto Martín, adan.nieto@uclm.es. El trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: "Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente" (DER2017/85144-C2-1-P).

[1] Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

[2] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

[3] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas.

[4] Consejo de la Unión Europea, *EU Action plan on human rights and democracy* (https://www.consilium.europa.eu/media/30003/web_en__actionplanhumanrights.pdf).

[5] Cfr. Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 2011, p. 3: "los Estados pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando se les puedan atribuir esas violaciones o cuando no adopten las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados".

partir de la competencia aneja prevista en el art. 83.2 del TFUE. Estos tipos penales complementarían al Derecho penal internacional económico, que en los últimos años está siendo objeto de una renovada atención doctrinal.[6] Dicho en términos generales, su función consistiría en sancionar el incumplimiento de obligaciones positivas, de protección, mientras que el Derecho penal internacional, sancionaría el incumplimiento de las obligaciones negativas, de no afectación o lesión a los Derechos humanos.

En la primera parte de este trabajo se expondrán las características fundamentales y los límites que el Derecho penal internacional tiene para la sanción de violaciones de Derechos humanos realizadas por empresas multinacionales (*Vid*. 2). De hecho, como es conocido, la gran protagonista en este terreno ha sido hasta tiempos bien recientes una norma nacional de carácter civil, la *Alien Tort Claim Act,* un texto de finales del siglo XVIII que permite interponer reclamaciones ante los tribunales de los EEUU cuando se ha violado *the law of the nations*, es decir una norma perteneciente al *ius cogens* internacional.[7] A partir del caso *Unocal* (1997), la ATCA fue utilizada para interponer numerosas demandas civiles en los Estados Unidos contra empresas multinacionales.[8] La desactivación por parte de la Corte Suprema de la ATCA a través de los casos *Kiobel*[9] y *Jesner*[10] hace especialmente urgente, de un lado, reavivar el Derecho penal

---

[6] Sobre todo, por parte de la doctrina alemana AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018 (= AMBOS/BOCK, *Aktuelle und grundsätzliche Frages des Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2018; JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015; SCHMIDT, *Crimes of Business in International Law*, 2015; KRAJEWSKI/OEHM/SAAGE-MAAß, *Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menchenrechtsverletzungen*, 2018. Es también importante el número monográfico dedicado a esta materia AMBOS/CARSTEN (eds.), «Special Issue: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability», *Criminal Law Forum*, (4), 2018, pp. 495 ss. En Austria THURNER, *Internationales Unternehmensstrafrecht, Konzerverantwortlichkeitkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, 2012. En España, DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, 2018; PÉREZ CEPEDA, «Hacia el final de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de Derechos Humanos», *Revista Penal*, (44), 2019, pp. 126 ss. La AIDP ha dedicado también la Sección I de su XX Congreso Internacional a este tema, MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», *RIDP*, (1), 2017.

[7] La bibliografía sobre la *Alien Torts Claims Act* es muy extensa, por todos JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigations*, 2004.

[8] El caso Doe v. Unocal, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), contiene todos los ingredientes de la responsabilidad de las multinacionales en materia de Derechos humanos: la violación tiene lugar en Birmania y la empresa participaba a través de una *joint venture* en una explotación petrolera, donde la empresa local utilizaba mano de obra esclava. El caso se abre por considerar que *Unocal* conocía y se beneficiaba de esta violación. Finalmente, en el año 2000, se rechaza el caso por considerar que el mero conocimiento de estas circunstancias, sin una participación activa no era suficiente para hablar de participación. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal cita expresamente los casos de *Nüremberg* Flick y Krupp donde la utilización de mano de obra esclava fue la más utilizada, o al menos exitosa en las condenas. Este caso provocó una intensa discusión doctrinal acerca de la categoría de la complicidad empresarial y abrió grandes expectativas para plantear demandas ante los tribunales americanos. Sobre la importancia de *Uocal*, por ejemplo, THOMPSON/RAMASASTRY/TAYLOR, «Translating Unocal: The Expanding Web Of Liability For Business Entities Implicated In International Crimes», *The Geo. Wash. Int'l L. Rev*, (40), 2009, pp. 841 ss.

[9] Kiobel v. Real Dutch Petroleum Co., 569 U.S. 108. En el caso *Kiobel* los demandantes son nigerianos y reclaman que la empresa petrolera holandesa, *Shell*, a través de su filial nigeriana realizó conjuntamente con el gobierno nigeriano violaciones de Derechos humanos. La Corte Suprema decidió que la ATCA no era de aplicación extraterritorial, por lo que tenía que existir un nexo substancial con los Estados Unidos, para afirmar la jurisdicción. Cfr. CASSEL, «Suing Americans For Human Rights Torts Overseas: The Supreme Court Leaves The Door Open», *Notre Dame Law Review*, (4), 2010, pp. 1773 ss., donde puede encontrarse el debate que suscitó esta sentencia; CASSEL, «Corporate Aiding and Abetting of Human

internacional económico, pero también buscar ulteriores desarrollos basados en el incumplimiento de obligaciones como las previstas en las normas europeas.[11]

2. Los límites del Derecho penal internacional económico

El Derecho penal internacional económico nace con *Nüremberg*. Su función consiste en establecer la responsabilidad de los dirigentes y directivos empresariales por graves violaciones a Derechos humanos que se tipifican en los denominados *core crimen* (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión). A estos últimos podrían añadirse otra serie de delitos internacionales como la tortura, los trabajos forzados o la esclavitud.[12] Desde los históricos juicios contra los industriales alemanes, por su cooperación con el régimen nacionalsocialista, el Derecho penal internacional ha abordado la responsabilidad de directivos y empleados de manera tópica, a partir de la construcción de grupos de casos. De las diversas clasificaciones, la que más nos interesa es aquella que va de una mayor a menor implicación de la empresa en los hechos. De acuerdo con esta clasificación existirían cuatro grupos de casos.[13]

El primero de ellos incluye los supuestos en que los directivos o empleados de la empresa son autores o coautores de un delito perteneciente a los *core crime* del Derecho penal internacional. El ejemplo podría ser la utilización de trabajo esclavo, como ocurrió con algunas empresas españolas durante el primer franquismo[14] o en el caso *Unocal,*[15] o las violaciones del Derecho internacional humanitario realizadas por los empleados de *Blackwater*.[16] En estos supuestos la responsabilidad individual plantea principalmente el problema de la responsabilidad de los superiores, cuando no han participado activamente en los hechos. Aunque pueda afirmarse una posición de garantía, y por tanto recurrir a la comisión por omisión, normalmente existirán

---

Rights Violations: Confusion in the Courts», *Northwestern Journal Of International Human Rights*, (6), 2008, pp. 1 ss.

[10] Jesner *et al.* V. Arab Bank, PLC, 585 U.S (2018). El caso también pertenece al ámbito de la complicidad empresarial: los demandantes, un grupo de víctimas israelitas, indican que el *Arab Bank*, una institución financiera jordana, con sucursales en EEUU había financiado ilegalmente a la organización terrorista que atentó contra ellos. La conexión con el territorio norteamericano se producía, según los demandantes, porque el banco utilizó su filial americana con el objetivo de financiar a la organización, así como para el blanqueo de capitales. En este caso, además del debate sobre la existencia o no de una vinculación suficiente con la jurisdicción norteamericana, la Corte Suprema cierra un debate, de gran importancia en el marco de este trabajo, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como parte de las *law of nations*. Esta cuestión que ya había sido debatida en *Kiobel*, se cierre ahora por la Corte Suprema negando que constituya parte del *ius cogens* internacional. Son muy interesantes los análisis que los jueces Sotomayor y Kennedy hacen de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a lo largo de la sentencia.

[11] Una panorámica de los distintos casos que han tenido como protagonistas a empresas sobre la base del Derecho penal internacional, en KALECK, «Die Verantwortung von Unternehmen und Unternehmern für Völkerrechtsverbrechen –die Nüremberg Prozessen», en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 83 ss. Con información muy detallada de distintos países vid. los diversos informes nacionales en MANACORDA /MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, y MANACORDA, «General Report on Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 22 ss.

[12] Cfr. AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018, p. 23.

[13] Cfr. AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018, pp. 31 ss.; MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 13 ss.

[14] Vid. LAFUENTE, *Esclavos por la patria. La explotación de los presos bajo el franquismo*, 2002.

[15] Vid. *supra* n. 8.

[16] Vid. SCAHILL, *Blackwater: el auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, 2008.

problemas en el tipo subjetivo para demostrar el conocimiento y por tanto la tolerancia del hecho.[17]

Este problema, que es común a todo el Derecho penal de la empresa, reviste una especial complejidad en los casos característicos de las violaciones a Derechos humanos. Las violaciones suelen ocurrir a miles de kilómetros de distancia de los cuarteles generales de las empresas y además las infracciones suelen llevarse a cabo no por empleados de la empresa matriz, sino normalmente por filiales locales, constituidas a veces como *joint ventures*.[18] Cuanto más proximidad existe entre los hechos, sus autores más cercanos y los dirigentes empresariales más fácil resulta adaptar la aportación empresarial a las necesidades del caso concreto y probar además que los superiores lo conocían.[19]

Como ocurre también en el Derecho penal de la empresa, la responsabilidad del superior se ve obstaculizada por el sistema de delegaciones dentro de la entidad.[20] Mas aquí también la lejanía física entre el superior y los hechos aumenta la posibilidad de que exista una amplia cadena de delegaciones, que imposibilite establecer la responsabilidad del superior. A lo sumo este tendrá normalmente un deber muy genérico de supervisión.[21] Con el fin de resolver estos casos, podrían ser de utilidad teorías como la del dominio de la organización para fundamentar casos de autoría mediata. Mas los problemas son también relevantes. Si ya es difícil demostrar el dominio de la organización en el marco de una empresa, lo es todavía más cuando se pretende proyectar esta teoría sobre el dominio de la cadena de suministro,[22] la empresa filial o la *joint venture*.[23]

---

[17] Cfr. al respecto AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018. pp. 104 ss.; MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, p. 49 (aunque refiriéndose a la participación); WITTIG, «Zur Legitimation und Grenzen eines rechtsstastaatlichen Wirtschaft», en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 246 ss. El art. 28 del Estatuto de Roma prevé la responsabilidad de los superiores, pero limitada a los jefes militares. Este precepto es similar a una cláusula de comisión por omisión específica, que plantea problemas similares al deber de garantía. Sobre la posibilidad, negada mayoritariamente, de aplicarlo a los dirigentes empresariales vid. detalladamente GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión en el Derecho penal internacional*, 2016, pp. 131 ss.; MARLETTA, «Heads of Business and the framework of Liability for complicity under International Criminal Law», en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 91 ss.; SCHMIDT, *Crimes of Business in International Law*, 2016, pp. 326 ss.

[18] Cfr. AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018, pp. 112 s., WITTIG, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 248 s.

[19] Cfr. MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, p. 46.

[20] Al respecto ampliamente LASCURAIN SÁNCHEZ, «Tema 3. La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa», en DE LA MATA/DOPICO/LASCURAÍN /NIETO, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 104 ss.

[21] Cfr. WITTIG, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 250 ss., quien mantiene que en *weak governance zones* la dirección de la empresa tiene un deber de supervisión especial.

[22] Un caso discutido en relación a proveedores ha sido en Alemania el de la empresa *KiK*. En los locales de uno de sus proveedores en Pakistán se originó un incendió que acabó con la vida de 259 personas y ocasionó 47 heridos graves. Este proveedor suministraba el 70% de su producción a la filial alemana, por lo que su dependencia era absoluta. En este caso, desde el punto de vista civil el problema se encontraba en la ausencia de repercusión patrimonial para la matriz, vid. HÜBNER, «Human Rights Compliance um Haftung im Auβenverhältnis», en KRAJEWSK/SAAGE MAAB (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018, pp. 72 ss.

[23] Cfr. MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 56 ss. En Alemania ha sido especialmente discutido el caso *Siemens*, si bien en el marco de un proceso civil. Ante el *LG München* se discutía si la empresa tenía que abonar los gastos de una investigación interna debida originada por un caso de corrupción en una de sus filiales. El Tribunal consideró que no contar con un sistema de

La construcción de la *Joint Criminal Enterprise* propia del Derecho penal internacional supone una forma relajada de coautoría que *a priori* podría también ser útil para establecer la responsabilidad del superior. Su fundamento descansa en la existencia de un acuerdo previo entre todos los intervinientes, siendo irrelevante para apreciar la coautoría la presencia en el momento del hecho. Los tribunales internacionales han relajado notablemente los requisitos para admitir la responsabilidad no solo en el plano objetivo, en cuanto que no es necesario ningún dominio del hecho, ni tan siquiera la presencia física en el lugar de ejecución, sino también en el subjetivo, en cuanto que admiten la existencia de responsabilidad para los participantes en el plan común, por cualquier comportamiento que pueda resultar previsible. Por esta razón, al menos en su forma más laxa, esta teoría levanta serías objeciones desde el punto de vista del principio de culpabilidad. No obstante, si sus requisitos se perfilan y se acercan a los que habitualmente tiene la coautoría, plantea similares problemas probatorios a los casos anteriores.[24]

El grupo de casos más importante desde un punto de vista práctico, y también teórico, es el relativo a la complicidad empresarial.[25] Se trata de aquellos supuestos en los que las empresas suministran bienes o servicios que favorecen la comisión del delito. Este fue el caso que originó los procesos de *Nüremberg* contra las empresas que suministraron armamentos o el gas *Zyklon* utilizado en los campos de concentración. Más modernamente todos los países occidentales han tenido casos de ventas de armamento a regímenes dictatoriales. Las escasas condenas existentes como la de los empresarios holandeses *Van Anraat* y *Konwenhoven* se han producido en supuestos que responden a esta estructura. El primero de ellos suministró gas mostaza al régimen de *Sadam Huseim*, que fue utilizado contra los kurdos, mientras que el segundo financió a través de la compra de madera la guerra entre Libia y Sierra Leona, y vendió además armas a la dictadura libia de *Charles Taylor*.[26] En este grupo entrarían también los supuestos de empresas tecnológicas que han podido suministrar información sensible a gobiernos, que puede ser utilizada para perseguir a opositores políticos.

La responsabilidad a título de cómplice por este tipo de comportamientos ha sido el aspecto más debatido en los últimos años. La importancia de la complicidad en el Derecho penal internacional no es sin embargo exclusiva de los supuestos de responsabilidad empresarial. Desde los tiempos de *Nüremberg*, la complicidad lejos de tener un carácter subsidiario, como ocurre en el resto del Derecho penal, es la figura central a la hora de atribuir responsabilidades. Dada la gran cantidad de sujetos que interviene en este tipo de casos y dada la irrelevancia que a veces tiene quien ha sido el autor directo, lo importante es la determinación de los diversos sujetos que han cooperado en él.[27] Dependiendo del grado de aporte al hecho principal, las conductas de cooperación se han clasificado distinguiendo entre aquellas que posibilitan la

---

cumplimiento eficaz en las filiales supondría la infracción de un deber de diligencia de los administradores de la matriz. No obstante, este deber de diligencia solo se activa cuando las evidencias de corrupción resultan notables, vid. HÜBNER, en KRAJEWSK/SAAGE MAAB (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018, pp. 69 ss.

[24] Cfr. AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018, pp. 105 s.; SCHMIDT, *Crimes of Business in International Law*, 2016, pp. 157 ss.

[25] La bibliografía es en este punto inabarcable, vid. especialmente *Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes*. 3 volúmenes, 2008.

[26] Sobre estos casos vid. KALECK, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 95 ss.

[27] Cfr. KALECK, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 111 s.

realización del hecho, de modo tal que sin su realización no hubiera podido realizarse; las que incrementan sus daños, ayudando a que sus efectos sean mayores; y las que lo facilitan, lo que tendría lugar cuando el comportamiento de la empresa hace más fácil el comportamiento de los autores.[28]

Los resultados de este debate muestran la limitada eficacia de la construcción del *aiding and abbeting*. Existen, en primer término, numerosos problemas probatorios. Aunque se suministren armas a un dictador no siempre es fácil demostrar que ese material fue precisamente el que se utilizó en los ataques contra la población civil. Esta prueba es especialmente compleja cuando se trata de productos de doble uso, como ocurría en el caso del gas *Zyklon*, que podía utilizarse como un arma letal, pero también como desinfectante. Además, la jurisprudencia suele exigir que la aportación al hecho principal sea substancial, lo que deja fuera las aportaciones que facilitan o incrementan los daños, según la clasificación anterior. En realidad, al igual que ocurre con los casos de financiación del terrorismo o participación en una organización criminal, de muchas contribuciones puede decirse que aumentan la "capacidad mortífera" de una dictadura o de su ejército, pero no que suponen una participación en un determinado hecho.[29]

Vinculado al debate sobre la complicidad se encuentra la cuestión de los comportamientos neutrales. En muchos casos podría afirmarse que un comportamiento de estas características no supone un riesgo jurídicamente desaprobado y, por tanto, aunque haya existido, en el plano causal, una cierta facilitación del hecho, esta no es imputable objetivamente a su autor. Desde los casos de *Nüremberg*, la jurisprudencia internacional ha dejado claro que, por ejemplo, realizar un préstamo a un gobierno, aun planteándose la posibilidad de que con ello se financien operaciones contrarias a los Derechos humanos, puede ser considerado moralmente reprochable –hoy diríamos contrario a la RSC– pero no es necesariamente delictivo.[30] La doctrina mayoritaria vincula, fundamentalmente, la existencia de un comportamiento neutral a un aspecto subjetivo del comportamiento. Solo cuando el autor conoce con seguridad que su aportación va a ser utilizada para la realización del comportamiento delictivo, el comportamiento pierde su carácter neutral. De este modo, nuevamente, las dificultades probatorias unidas al tipo subjetivo vuelven a aparecer.[31]

---

[28] Cfr. MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, p. 36.

[29] Cfr. MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 59 s.

[30] Cfr. AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018, pp. 108 ss. Un ejemplo más moderno podía ser el caso *Lehemeyer* en Alemania, en relación a la construcción de una empresa en Sudan que dio lugar al desplazamiento de miles de personas pertenecientes a determinadas etnias. La fiscalía de Frankfurt investigó la posible complicidad omisiva de los directivos de la empresa que habían prestado asistencia técnica y dirigido la ejecución del proyecto. Los delitos que se le imputaban eran daños y otros delitos contra el medio ambiente. La Fiscalía rechazó finalmente el asunto entendiendo que no existía deber de garantía, analizando si este deber podía desprenderse de las actuales obligaciones en materia de derechos humanos. La obligación de garantía de esta empresa se extiende exclusivamente a aquellos daños que tengan que ver con la calidad de los materiales empleados, pero no con este otro tipo de daños. Aunque no es este lugar para una mayor profundización teórica, este caso, aunque fue planteado dentro de la comisión por omisión, podía también haber sido un buen ejemplo de comportamiento neutral. Vid. SAAGE-MAAS, «The Merowe Dam Project- When does the coin flip from legal business activity to criminal behaviour? Reflections on the concept of guarantor's liability in the context of transnational business activities», *Criminal Law Forum*, (29), (2018), pp. 603 ss.

[31] Para un análisis de los distintos casos en la jurisprudencia internacional y nacional KALECK, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, pp. 115 ss.

Mas allá de la cuestión de prueba, el gran debate en torno a la complicidad empresarial se ha producido a la hora de conformar su aspecto subjetivo. En la dogmática del Derecho penal internacional, elaborada por los tribunales penales internacionales, se discute vivamente si el cómplice necesita no solo conocer que la contribución es eficaz para la comisión de un delito, sino si además es necesario que el autor quiera contribuir, es decir, que actúa de propósito o con dolo de primer grado. Al parecer, los preceptos del Tratado de Roma que regulan esta cuestión habrían optado por esta interpretación altamente subjetiva, si bien los tribunales internacionales, en sus últimas decisiones, sobre todo a partir del asunto *Furundzija,* se inclinan por una línea más objetiva, donde basta con conocer que la contribución es eficaz para la comisión de un delito, siendo suficiente además el dolo eventual.[32]

Si los problemas para obtener un rendimiento práctico del Derecho penal internacional son ya importantes en estos dos primeros supuestos de complicidad empresarial, los dos grupos restantes quedan muy lejos de una posible responsabilidad penal. El tercer grupo de casos se produce cuando las empresas se benefician de las violaciones de Derechos humanos. Un supuesto frecuente es el del banco donde están depositados los fondos que el dictador ha obtenido a través de la corrupción masiva o la actuación de las fuerzas policiales de una dictadura torturando o realizando cualquier otra violación de Derechos humanos, con el fin de facilitar la actividad de la empresa. Las posibilidades de apreciar en estos casos la complicidad con la violación de derechos es lejana. [33]

En esta materia, la discusión se ha centrado además en supuestos de violación protagonizados casi exclusivamente por Estados, sin que hasta el momento se haya reflexionado en aquellos casos en donde la violación procede de la empresa suministradora de bienes o servicios. Es decir, supuestos tan frecuentes como la utilización de trabajo infantil por las empresas proveedoras. Aunque estructuralmente los casos son similares, normativamente no lo son. Las empresas proveedoras son en muchos casos dependientes económicamente y pueden estar sujetas *de facto* al poder de dirección de la empresa a la cabeza de la cadena de suministros, lo que lógicamente no ocurre en el caso de la criminalidad estatal.

Finalmente, el Derecho penal internacional tampoco aporta soluciones efectivas en relación a la que se ha dado en llamar complicidad silenciosa,[34] en la cual las empresas están presentes y hacen negocios en países donde existen violaciones masivas de Derechos humanos, como ocurría con las empresas presentes en Sudáfrica durante el *Apartheid*[35] o la actuación de *Volkswagen* en Brasil durante la dictadura.[36] De nuevo, este caso habría que ubicarlo en exclusiva en el terreno de la moral o la responsabilidad social empresarial, y como mucho sería relevante cuando existe una normativa de embargos económicos u otro tipo de sanciones comerciales.

---

[32] Vid. MARZEN, «The Furundzija Judgment And Its Continued Vitality In International Law», *Creighton Law Review*, (43), 2010, pp. 505 ss.

[33] Cfr. MANACORDA, en MANACORDA/MARLETTA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 52 s.

[34] Cfr. AMBOS, *Derecho penal internacional económico*, 2018, pp. 32 s., 112.

[35] Cfr. KALECK, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, p. 93, dando cuenta del proceso que se inició, sobre la base de la ATCA, contra varias empresas europeas y americanas por su presencia durante el régimen del *Apartheid*. La demanda finalmente se desestimó por falta de competencia.

[36] Vid. DE BRITO GUEIROS/DE ALENCAR E MIRANDA, «Brazilian Report on Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», en MANACORDA/MARLETA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 141 ss.

Los déficits que acaban de señalarse no suponen que haya que dejar al Derecho penal internacional en una suerte de vía muerta. Al contrario, este debe incorporar nuevos desarrollos que le permitan ser más eficaz.[37] En primer lugar, resulta imprescindible incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.[38] La negativa a admitir la responsabilidad de un colectivo probablemente esté en los genes del Derecho penal internacional. La gran aportación de *Nüremberg* fue individualizar en personas de carne y hueso las atrocidades del régimen nacionalsocialista, sin permitir que, como había ocurrido hasta ese momento, los autores de estas atrocidades se refugiasen en el Estado. Contravenía probablemente a esta lógica admitir que los dirigentes empresariales responsables pudieran quedar camuflados bajo el nombre de sus empresas. Admitir la responsabilidad del colectivo empresarial, hubiera servido de argumento a los responsables individuales para negar su responsabilidad.

Este planteamiento, aunque comprensible en su momento, debe superarse hoy. Las ventajas de política criminal que se derivan de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también deben aprovecharse en el marco del Derecho penal internacional. Las dificultades probatorias que acabamos de enunciar se aligerarían a través del fomento de la cooperación en el proceso penal. La implantación de programas de cumplimiento sería extremadamente útil en este punto, pues lógicamente no se centrarían exclusivamente en evitar comportamientos que puedan ser tachados de genocidio o lesa humanidad, sino que necesariamente deberían de incorporar medidas para controlar por ejemplo la utilidad que se le da a un determinado bien o servicio prestado o habrían de plantearse cuestiones como cuál ha de ser la actuación de la empresa en el marco de dictaduras. Dicho de otro modo, gran parte de lo que hoy se enmarca en la Responsabilidad Social Corporativa pasaría a ser parte del cumplimiento normativo, lo que entraña un grado mayor de *enforcement* para este tipo de obligaciones.

La evolución del Derecho penal internacional podría también llevar a la inclusión de nuevos *core crimes* que superen el marco de *Nüremberg*. En general, los *core crimes* siguen siendo delitos pensados para el Estado como principal protagonista de las violaciones a los Derechos humanos. El significado político criminal de la discusión en torno a la sujeción de las multinacionales a los Derechos humanos, lo que pone de relieve es la necesidad de establecer una nueva generación de delitos de Derecho penal internacional cuyos actores principales sean las empresas. El delito de ecocidio sería a mi juicio una de estas nuevas figuras.[39] Igualmente en este marco debe encajarse la propuesta de NAUCKE de un Derecho penal internacional económico, que establezca figuras delictivas que atentan contra bienes jurídicos globales como

[37] Vid. p.ej., las «Final Resolutions on Individual Liability for Business Involvement in International Crimes» de la Sección I del XX Congreso de la AIDP, en MANACORDA /MARLETA/VANACORE (eds.), *RIDP*, (1), 2017, pp. 75 ss.

[38] A favor, p.ej., AMBOS, «International Economic Criminal Law», *Criminal Law Forum,* (29), 2018, pp. 499 ss.; EL MISMO, *Derecho penal internacional económico*, 2018, pp. 29 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Revista Penal*, (44), 2019, pp. 138 s. También ampliamente sobre esta cuestión SCHMIDT, *Crimes of Business in International Law*, 2016, pp. 369 ss.

[39] Vid. NIETO MARTÍN, «Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente», *AFDUAM*, (16), 2012, pp. 137 ss.; DE VICENTE, «Hacia un derecho penal medioambiental: catástrofes ambientales y ecocidio», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y Derechos humanos*, 2018, pp. 245 ss. Una propuesta de convención internacional puede verse en NEYERT (dir.), *Des écocrimes à l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, 2015. Igualmente las distintas intervenciones en el coloquio «Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente: del Pacto Global a la Convención sobre el delito de ecocidio», Madrid, 4 de diciembre de 2019 (http://blog.uclm.es/repmult/).

la estabilidad financiera.[40] La protección de los Derechos sociales, económicos y culturales que tradicionalmente han estado relegados a un segundo plano por el Derecho penal internacional habría de ser el objetivo prioritario de estas nuevas figuras.[41]

En cualquier caso, debe subrayarse que las obligaciones positivas que tienen las empresas en materia de Derechos humanos (*infra* 3.1) son de gran importancia para alcanzar una mayor efectividad por parte del Derecho penal internacional. A medida que aumenta la regulación de la organización preventiva empresarial en materia de Derechos humanos, se iluminan las zonas oscuras de la responsabilidad penal que anteriormente se han expuesto. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de complicidad en la no evitación de infracciones o el aprovechamiento de infracciones en materia de Derechos humanos. Las obligaciones de diligencia debida hacia los proveedores o hacia las empresas a las que se les suministran determinados bienes abre las puertas de considerar que existe un deber de garantía o conductas de participación omisiva. No realizar la *due diligence* en relación a un proveedor aumenta al riesgo, por ejemplo, de que en sus actividades aparezca el trabajo infantil. Los límites en los que resulta razonable hablar de acciones neutrales se clarifican igualmente cuando existen normas relativas a productos de doble uso que exigen cerciorarse de cuál será su resultado final.

El cumplimiento normativo en Derechos humanos aumenta significativamente las posibilidades de prueba del elemento subjetivo. Las normas de cumplimiento, como ocurre en materia de corrupción, suelen incidir en la obligación de conocer de los superiores, acompañando esta obligación de deberes de registro documental. Las normas de diligencia debida pueden también tener gran importancia con el fin de establecer en qué medida es legítima una delegación de funciones. Como ponen de manifiesto las recomendaciones de la OCDE en relación a la actuación de las empresas en zonas de gobernanza débil, [42] los deberes de supervisión de la alta dirección sobre las actividades delegadas se intensifican en aquellas operaciones o actividades que presenten un alto riesgo de violación.[43]

En lo concerniente a las sanciones, el Derecho penal internacional debiera acoger planteamientos procedentes de la justicia restaurativa, cuando no proponer directamente la utilización de mecanismos de justicia restaurativa basados en la *diversion*.[44] La pena más común que se impone a la persona jurídica, la multa, para reflejar el enorme desvalor de estos comportamientos requiere tal dureza que puede poner en peligro la supervivencia de una empresa y, sin llegar a tanto, perjudicar los derechos de reparación de las víctimas. Por esta

---

[40] NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat. Eine Annäherung*, 2012, y los trabajos que repasan su propuesta en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015. Vid. también las reflexiones sobre los delitos internacionales económicos de ARENAL LORA, *Crímenes económicos en Derecho internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*, 2019; CASTILLO MONTERREY, «El expolio de las riquezas nacionales: un nuevo reto para el Derecho Penal Internacional», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, 2014.

[41] Cfr. KALECK, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, p. 86.

[42] *OECD, Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones*, 2006, pp. 21 ss.

[43] Cfr. WITTIG, en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, p. 251.

[44] Las soluciones de justicia restaurativa, como fórmula de reparación, podrían ser implementadas incluso *motu propio* por las empresas en el marco de lo que los Principios rectores denominan "mecanismos de reclamación no estatales". En la experiencia comparada un caso de gran interés es el puesto en marcha por la empresa minera brasileña *Samarco*, tras la catástrofe de Mariana, a través de la creación de un sistema de reparación. Una completa información sobre este plan de reparación puede verse en https://www.fundacaorenova.org/. Igualmente vid. las distintas entrevistas a los responsables del sistema de reparación en http://blog.uclm.es/repmult/.

razón, y tal como he propuesto en otro lugar, cabría poner en marcha un nuevo tipo de sanciones al que he denominado "sanciones empoderativas". Su objetivo sería quitar poder a los dirigentes empresariales y dárselo a las víctimas. La *equity fine*, cuya formulación data de los primeros años ochenta del pasado siglo, se ha incorporado recientemente a la legislación australiana y resulta un modelo a seguir. La comisión de un delito implica una reducción del valor de cada acción, con el que a la vez se crea un nuevo paquete de acciones que se pone en manos de las víctimas. La reincidencia de la empresa disminuye el valor de las acciones originarias y va dando paulatinamente mayor poder a las víctimas. También podría pensarse en un nuevo tipo de sanciones estructurales que incorporaran sus intereses. Por ejemplo, la pena de intervención sería propicia para que al lado de un interventor público se otorgasen también de algún modo poder a las comunidades afectadas por la infracción.[45]

3. El Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos

Mientras que el Derecho penal internacional se ocupa y debe seguir haciéndolo de las violaciones más importantes a los Derechos humanos, la creación de una nueva rama del Derecho penal económico, centrada en la protección de los Derechos humanos, tendría como finalidad sancionar la violación de normas estatales o supranacionales cuya función es regular la actividad empresarial con el fin de evitar la violación de Derechos humanos. Esta nueva regulación pública, todavía en ciernes, genera bienes jurídicos merecedores de protección penal, como la transparencia relativa a aspectos no financieros o la regulación preventiva de la empresa. Se trata de bienes jurídicos intermedios o instrumentales,[46] característicos del Derecho penal económico, cuya función última es servir a la protección de los Derechos humanos.

En lo que sigue analizaremos, en primer lugar, la aparición de la normativa estatal, europea y supranacional destinada a regular el comportamiento de las empresas en materias de Derechos humanos. Como ocurre normalmente, el Derecho penal económico también tiene en esta materia un marcado carácter accesorio por lo que solo podrá desarrollarse en la medida en que exista una regulación extrapenal que vaya conformando el contenido de los nuevos deberes empresariales. En la segunda parte de este apartado se esbozarán las figuras delictivas, que pueden conformar este nuevo sector del Derecho penal económico.

3.1 La protección de los Derechos humanos como objeto de la regulación de la actividad empresarial

El nacimiento la normativa estatal y supra estatal a la que venimos haciendo referencia es expresión de la reconfiguración de las relaciones entre empresas multinacionales y Derechos humanos. Aunque el Derecho internacional no acaba de situar a las empresas multinacionales al mismo nivel que los Estados a la hora de respetar, proteger y reparar los Derecho humanos, no puede decirse que la situación no se haya modificado.[47] En las últimas dos décadas hemos

[45] Cfr. NIETO MARTÍN, «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en DE HOYOS SANCHO (coord.), *La víctima del delito y las últimas regulaciones procesales penales*, 2017, pp. 315 ss.
[46] Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª ed., 2016, pp. 159 ss.
[47] Para un resumen de la situación GUAMÁN HERNÁNDEZ/MORENO GONZÁLEZ, *Empresas multinacionales y Derechos Humanos*, 2018.

asistido a un cambio substancial, que ha supuesto un transvase paulatino de contenidos entre la Responsabilidad Social Corporativa y el *hard law* o, al menos, una interacción entre ambos sectores.

En el Derecho internacional de los Derechos humanos se lleva años discutiendo cuáles son las obligaciones de las empresas multinacionales. Las posiciones más avanzadas proponen crear un tratado, el denominado instrumento vinculante, que declare que estas están obligadas por los Derechos humanos de manera semejante a los Estados, en cuanto que su poder y capacidad para afectarlos es similar. Esta pretensión implica que las empresas no solo tendrían la obligación negativa, como cualquier persona, de no afectarlos negativamente (*respetar*), lo que incluye también los denominados efectos horizontales, sino que también estarían obligadas positivamente a prevenir cualquier tipo de afectación en el marco de su actividad (*proteger*), lo que implica evitar comportamientos lesivos para los Derechos humanos de todos los que están bajo su dominio, y a reparar (*remediar)* los efectos de sus comportamientos. En la actualidad existe una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que insta a la creación de un instrumento vinculante y existe un grupo de trabajo específico, mas de momento no se esperan avances decisivos en este sentido.[48] En el extremo opuesto a la opción de la vinculatoriedad, se encuentra la opción voluntarista. La vinculación positiva de las empresas con los Derechos humanos debe situarse en el plano de la responsabilidad social corporativa. Esta opción se plasma en el Pacto Global y procede de los años setenta del pasado siglo con las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales.[49]

La forma más exacta de describir la posición actual sería indicar que se encuentra en un punto medio entre ambos extremos, que está representado por los Principios rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales, aprobados por el Consejo de Derechos humanos en el 2011.[50] Los Principios constituyen un instrumento de *soft law*, en cuanto que se trata de recomendaciones no vinculantes, mas como es conocido en el Derecho internacional hoy las barreras entre el Derecho duro y el blando se han ido diluyendo. Muchos instrumentos de *soft law* tienen más eficacia y repercusión que convenios internacionales. La eficacia de las normas de Derecho internacional hoy se fundamenta en buena medida en la existencia de una red de apoyos que se prestan entre las diversas organizaciones globales (Estados, organizaciones internacionales, empresas, etc.).[51] La OCDE ha acomodado sus Directrices, otra norma de *soft law*, a los principios. Igual ha pasado en el marco de la estandarización privada con la norma ISO 26000 sobre responsabilidad social corporativa.[52] Los Principios rectores han impulsado

---

[48] Vid. con referencias, PÉREZ CEPEDA, *Revista Penal*, (44), 2019, pp. 136 s.

[49] Para ver toda la evolución, vid. solamente FORCADA BARONA, «Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, 2018, pp. 53 ss. No se tiene en cuenta en este lugar una vía alternativa que es la que representan los acuerdos de inversión, desde la óptica penal vid. PÉREZ CEPEDA, «Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional», en DE LA CUESTA *et al.* (dirs.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. h. c. mult. Juan Terradillos Basoco*, 2018, p. 617.

[50] Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos humanos y las empresas transnacionales, Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos humanos, 2011.

[51] Cfr. NIETO MARTÍN, «Transformaciones del ius puniendi en el Derecho global», en NIETO MARTÍN/GARCÍA MORENO (dirs.), *Ius puniendi y global law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, 2019, pp. 49 ss.

[52] Vid. UNE-ISO 26000, Guía de Responsabilidad Social, 2010, especialmente los apartados 6.3.3 (diligencia debida en derechos humanos), 6.3.4 (riesgos en derechos humanos), 6.3.5 (evitar la complicidad).

también la acción de la UE, primero a través de la "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas" y el Plan de Acción de la UE para los Derechos humanos y la Democracia aprobado en 2015.[53] Fruto de este Plan, los Estados miembros han de aprobar sus Planes Nacionales en materia de Derechos humanos, que lógicamente tienen en cuanta los Principios ONU.[54] A partir de este tipo de estándares y normas de *soft law*, algunos ordenamientos nacionales y la propia UE han empezado a gestar una regulación económica de la actividad empresarial, esto es, auténtico *hard law*, que interactúa reforzando las normas procedentes de la RSC.

El eje sobre el que descansan los principios es que, como por otra parte es evidente, los Estados son los principales responsables del respeto a los Derechos humanos. Esta obligación les exige precisamente garantizar que las empresas nacionales que se sitúan bajo su control respeten los Derechos humanos, lo que exige la adopción de medidas legislativas, que incluyen el recurso al Derecho penal. Estas medidas legales en que debe concretarse la acción de los Estados tienen varios frentes: el acceso a la justicia de las víctimas, propiciar la reparación, etc. Sin embargo, el que más nos interesa es la denominada *due diligence* empresarial con el fin de evitar la violación de Derechos humanos.

No obstante, antes de analizar las medidas que al hilo de esta obligación se han ido produciendo en los últimos años, examinaremos uno de los ejes centrales de los Principios, la denominada *due diligence* en Derechos humanos.[55]

a. Cumplimiento normativo en Derechos humanos

En efecto, uno de los aspectos que con más detalle se abordan en los Principios es el relativo al contenido de las obligaciones de diligencia debida que las empresas deben adoptar con el fin de evitar que su actuación tenga efectos negativos sobre los Derechos humanos. Los Principios no hablan en ningún momento de la adopción de programas de cumplimiento en esta materia, sino que utilizan el término de *due diligence*. Sin embargo, para quien esté acostumbrado a la estructura y metodología de los planes de cumplimiento es fácil advertir que los contenidos y la metodología son idénticos. Los Principios inauguran por ello un nuevo ámbito del cumplimiento normativo, el relativo a los Derechos humanos,[56] cuya regulación básica se encontraría en los Principios 15 a 24. Por esta razón, a partir de ahora, las empresas además de

[53] Vid. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/action-plan-human-rights-and-democracy-2015-2019_en.

[54] Sobre el Plan español y otras medidas europeas, PÉREZ CEPEDA, *Revista Penal*, (44), 2019, pp. 134 ss.

[55] Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, 2018, pp. 99 ss.

[56] Sobre este incipiente cumplimiento normativo en Derechos humanos, vid. p.ej., PIETH, «Corporate compliance and Human Rights», *Criminal Law Forum,* (29), 2018, pp. 595 ss.; BUSEKIST/DIMISC, «Compliance als Instrument der Menschenrechtsshutzes», en KRAJEWSKI/OEHM/SAAGE-MAAß (eds.), *Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menchenrechtsverletzungen*, 2018, pp. 267 ss., quienes acertadamente señalan las vinculaciones entre RSC y cumplimiento normativo (*Corporate Social Responsability Compliance*). Para indagar los orígenes de la obligación de diligencia que incorporan los principios y observar, p.ej., cómo se invocan, entre otras muchas, las obligaciones en materia de blanqueo es revelador DE SCHUTTER /RAMASASTRY/TAYLOR/THOMPSON, *Human Rights Due Diligence: The Role Of States*, 2012.

incluir materias como la corrupción, el Derecho de la competencia, el blanqueo de capitales, etc., deben incluir expresamente una política en materia de Derechos humanos.

La inclusión de las obligaciones de las empresas en materia de Derechos humanos en el cumplimiento normativo consigue darles una mayor efectividad. Esencialmente porque, de un lado, los dota de una mayor fuerza vinculante de "puertas para adentro" que no siempre está presente en la Responsabilidad Social Corporativa. Los planes de cumplimiento normativo exigen, por ejemplo, que sus violaciones sean investigadas y sancionadas disciplinariamente o la necesidad de canales de denuncia. Pero también, de otro lado, la conceptualización de la *due diligence* como cumplimiento normativo ayuda a entender que su papel es también la reducción de riesgos legales por parte de las empresas vinculados a la violación de Derechos humanos. En este sentido, destacan procedimientos exigiendo responsabilidad civil,[57] pero también lógicamente procedimientos penales. El que las normas de *soft law*, procedentes en gran medida de la Responsabilidad Social Corporativa, se conviertan en estándares de cuidado aplicables en la responsabilidad civil[58] o, en su caso, la responsabilidad penal, es una muestra más de la tenue, cuando no inexistente, barrera que separa hoy al *soft* y al *hard law*.

Mas también, como vamos a ver, para el cumplimiento normativo, resulta muy provechoso el acercamiento al campo de la RSC. La carga genética más importante de los planes de cumplimiento al día de hoy es el control interno, lo que ha implicado asumir fundamentalmente su metodología. La *due diligence* tal como la establecen los Principios tiene, no obstante, elementos muy importantes de la Responsabilidad Social Corporativa, que se traducen, por ejemplo, en la forma de efectuar el análisis de riesgos. Esta fusión de elementos provenientes del control interno y de la Responsabilidad Social Corporativa que caracteriza el cumplimiento en Derechos humanos abre vías de evolución muy interesantes.

Los Principios insisten en los siguientes puntos, que son vitales dentro de cualquier programa de cumplimiento. En primer lugar, un compromiso político de la dirección de la empresa (Principio 16), que exprese su compromiso con los Derechos humanos y que indique lo que se espera de cada uno de los empleados, pero también de aquellos que se relacionan con ella. Este compromiso debe ser público, y debe quedar reflejado en los distintos procedimientos de la entidad. Además, debe ser necesariamente divulgado, debiendo realizarse también acciones formativas. En segundo lugar, los Principios se detienen en el epicentro de todo programa de cumplimiento: el análisis de riesgos (Principio 17). La empresa debe evaluar el impacto real y potencial de las actividades sobre los Derechos humanos, para lo que debe recurrir a expertos

[57] Vid. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil*, 2009; una panorámica actual, centrada en los problemas de competencia, en ÁLVAREZ TORNÉ, «Tendencias actuales en materia de responsabilidad civil internacional por vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas», *REDI*, (67), 2015, pp. 291 ss. Para una visión más material, vinculando precisamente las obligaciones de diligencia debida o la realización del programa de cumplimiento como criterio determinante para establecer la culpa en la responsabilidad civil *vid*. HÜBNER, en KRAJEWSK/SAAGE MAAB (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018, pp. 61 ss.

[58] En este punto el caso probablemente más conocido es la decisión de la Corte Superior de Ontario, *Choc v. Hudbay Minerals*, donde se estableció que la sociedad matriz canadiense tenía un deber de cuidado en relación a los ciudadanos de Guatemala afectados por la actividad de una de sus filiales. Para ello, el tribunal tuvo en cuenta que la empresa *Hudbay* había adoptado en sus *Voluntary Principles on Security and Human Rights* "a detailed set of standards aplicable to the use of private security forces at resource extractive projects", vid. Choc v. Hudbay Minerals Inct et al., 2013 ONSC 998 (CanLII) www.canlii.ca/t/fwtbt.

independientes e internos, y consultar con las partes potencialmente afectadas. Este análisis debe realizarse antes de emprender cualquier clase de actividad empresarial.

La *due diligence* diseñada en los Principios, tal como antes se indicó, aporta además criterios muy interesantes para el desarrollo futuro de los programas de cumplimiento. En este sentido, destacaría en primer lugar que se trata de un cumplimiento orientado a las víctimas. Como consecuencia de su conexión con el control interno, la evaluación de riesgos que realiza la empresa, en el marco del cumplimiento normativo usual, se focaliza exclusivamente en los riesgos que la realización de una actividad ilícita puede acarrear para el buen funcionamiento y la consecución de los objetivos, principalmente económicos, de la empresa. Por el contrario, en materia de Derechos humanos la evaluación de riesgos se hace desde una perspectiva social. Lo importante para determinar cuándo un daño debe ser prevenido son sus efectos sobre las potenciales víctimas.[59] Hay por ello un intercambio muy interesante entre los papeles de víctimas y *stakeholders* procedentes de los análisis de Responsabilidad Social Corporativa.[60] Coherentemente con este punto de partida, el cumplimiento en materia de Derechos humanos es también reparador, por lo que debe contener los protocolos oportunos de atención y reparación a las víctimas. [61] Esta última cuestión debe tenerse muy en cuenta a la hora de diseñar un sistema penal de responsabilidad penal de personas jurídicas en materia de Derechos humanos y entronca con la propuesta que antes se efectuaba de una nueva generación de sanciones reparadoras/empoderadoras.

Existen otros rasgos peculiares del cumplimiento normativo en Derechos humanos, que insisto deberían trasladarse al cumplimiento general. Así se trata de un cumplimiento participativo y en el que necesariamente han de intervenir expertos independientes. Los Principios exigen que en el análisis de riesgos, además de consultarse a los posibles afectados (los *stakeholders* en el lenguaje de la Responsabilidad Social Corporativa), deban participar expertos independientes (Principio 18). Pero el rasgo, sin duda más llamativo, es que incluye no solo el control sobre los trabajadores de la entidad, sino que pone el acento en la responsabilidad de la empresa para evitar que terceros que se relacionan con ella y que están bajo su control afecten a los Derechos humanos (Principio 17). Quizás por ello incluso se emplea el término *due diligence* que en la práctica empresarial siempre se ha referido a examinar el cumplimiento de terceras personas, como por ejemplo ocurre en materia de corrupción o en blanqueo de capitales.

Este cumplimiento normativo de terceros constituye, sin duda, el aspecto esencial y más característico del cumplimiento en Derechos humanos. Como antes se ha expuesto al analizar los diversos casos de Derecho penal internacional, las multinacionales no siempre afectan directamente como personas jurídicas los Derechos humanos, sino que lo hacen terceros

---

[59] En el comentario al Principio 17 se señala con gran claridad: "la debida diligencia en materia de Derechos humanos puede integrarse en los sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, a condición de que no se limiten a identificar y gestionar riesgos importantes para la propia empresa, sino que incluyan los riesgos para los titulares de derechos", Principios (n. 5), p. 21. Cfr. BUSEKIST/DIMISC, en KRAJEWSKI/OEHM/SAAGE-MAAß (eds.), *Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menchenrechtsverletzungen*, 2018, p. 273.

[60] Como ya han puesto de manifiesto los primeros estudios de victimología corporativa, vid. SAAD DINIZ, *Victimología corporativa*, 2019.

[61] Lo que entronca con experiencias como las de *Samarco*, citadas en n. 45. Las grandes empresas multinacionales dentro de sus programas de cumplimiento debieran por ello prever, p.ej., la necesidad de realizar reparaciones inspiradas en los principios de justicia restaurativa. Vid. ya una orientación similar en SAAD DINIZ, *Victimología corporativa*, 2019, pp. 190 ss.

relacionados con ellas. En primer lugar, sus filiales, pero en segundo lugar y sobre todo los proveedores, dentro de la denominada cadena de valor, que se ha globalizado y en la que la empresa multinacional ocupa una posición preminente. La inclusión de las filiales y, sobre todo de la cadena de aprovisionamiento, cambia los contornos de los planes de cumplimiento habituales. En efecto, desde hace tiempo en el marco del cumplimiento normativo lo normal era considerarlo una política corporativa, común a todo el grupo,[62] pero el cumplimiento de proveedores o de terceros, salvo en casos puntuales como la corrupción,[63] estaba mucho menos desarrollado. Para el cumplimiento en Derechos humanos la idea que delimita el perímetro del cumplimiento normativo no es la persona jurídica, sino las posibilidades de controlar el comportamiento de terceros, que en el caso de los proveedores puede derivarse de situaciones de dependencia económica.

La OCDE ha ido publicando en los últimos años una serie de Guías de carácter sectorial en las que va concretando en qué consisten las obligaciones de cumplimiento en el seno de la cadena de suministro. Un principio esencial, dentro de estas Guías, es el de "conoce a tu proveedor", que implica conocer la totalidad de la cadena y los riesgos existentes, con el fin de desarrollar medidas de control en atención a la intensidad del riesgo.[64] A partir de este análisis de riesgos, las medidas de control pueden consistir en actividades de supervisión del proveedor a través de visitas de inspección, la formación de sus empleados y directivos, la puesta a disposición de canales de denuncia de la empresa, etc. La base jurídica de estas medidas de supervisión es contractual. La empresa con capacidad de control sobre los proveedores debe incluir estas facultades de supervisión como parte de los contratos. Llegado el caso, su incumplimiento puede dar lugar a la rescisión.

Igualmente, al lado de los poderes de supervisión de la propia empresa otro medio de control es recurrir a auditores independientes, que en nombre de la empresa examinen las condiciones de un determinado proveedor. La técnica de la auditoria es esencial, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2017/81 sobre minerales en zonas de conflicto, que obliga a los importadores a realizar auditorías externas e independientes sobre sus proveedores.[65] La otra técnica sería la certificación, que puede ser útil donde el control es menor. Se exigiría, por ejemplo, solo tener proveedores, dentro de toda la cadena debidamente certificados.[66]

---

[62] Vid. NIETO MARTÍN, en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2013, pp. 104 ss.

[63] Vid. NIETO MARTÍN, en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2013, pp. 357 ss., como es conocido en materia de corrupción la *due diligence* se efectúa para asegurase de la honorabilidad de socios de negocios o consultores, abogados, etc., que van a realizar en nombre de la empresa gestiones ante las autoridades públicas extranjeras.

[64] Las directrices publicadas hasta ahora por la OECD en relación a las cadenas de suministro son las siguientes: *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, 3 ed. 2016; OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains; OECD, Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector; OECD, Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting; OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector.*

[65] Vid. p.ej., la *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, pp. 38 s.

[66] No obstante, la técnica de la certificación se utiliza mucho más con la finalidad de que la empresa líder de la cadena controle la calidad de los productos de los distintos proveedores. La certificación con ello se ha convertido en una forma de regulación global de carácter privado de la que pueden derivarse también efectos perjudiciales para los Derechos humanos, vid. al respecto NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTIN, *Derecho penal económico y Derechos humanos*, 2018, pp. 283 ss.

Como puede apreciarse, sea cual sea la técnica que se emplee, el cumplimiento normativo en materia de Derechos humanos implica nuevamente una privatización de funciones públicas, con el fin de suplir las carencias, por ejemplo, de los sistemas de inspección de trabajo, medioambientales o sanitarios en muchos países. Son las empresas, los auditores o las certificadoras quienes suplen a los servicios de inspección estatales, en base a una relación no basada en el Derecho público, sino totalmente contractual. La obligación de someterse a los servicios de inspección de la empresa, a auditorias independientes o exigir certificaciones debe establecerse contractualmente con los distintos proveedores.

Existe aún una característica ulterior del cumplimiento normativo en materia de Derechos humanos: está sometido a la obligación de transparencia e incluso al control de una entidad pública. Los Principios dejan en manos de los Estados cómo asegurar que las empresas cumplan con sus obligaciones, en este punto se menciona lógicamente la posibilidad de utilizar el Derecho penal. No obstante, como listón mínimo los Principios apuestan por un cumplimiento a través de la transparencia. Ello supone una confianza en el mercado y en la existencia de consideraciones éticas en los inversores.[67] La lógica es que los mercados, los consumidores y los inversores fundamentalmente, sabrán premiar o castigar mediante sus decisiones a las empresas más diligentes. En cualquier caso, los Principios requieren de los Estados que obliguen a las empresas, cuyas operaciones o contextos operacionales impliquen graves riesgos de imparto sobre los Derechos humanos a informar oficialmente de las medidas que toman al respecto. Esta obligación debe hacerse con la frecuencia y en la forma necesaria para que exista una información suficiente acerca de los riesgos que entrañan sus comportamientos, como también para valorar si su respuesta ha sido la adecuada.[68]

b. La respuesta en los ordenamientos nacionales

Algunos legisladores nacionales están tomando medidas para la protección de los Derechos humanos que están directamente influidas por los Principios y que responden a la estrategia de autorregulación más transparencia que acabamos de comentar.[69] Mientras alguna de estas iniciativas tiene carácter global –afectan a la totalidad de los derechos, incluyendo también, el medio ambiente o las medidas anticorrupción– otras se enfocan en la cadena de proveedores y sobre todo en la utilización de trabajo forzado.

Entre los países de la UE, el país que ha adoptado una legislación más novedosa ha sido Francia, a través de la denominada Ley de vigilancia empresarial, que afecta a las empresas de más de 5000 trabajadores. Estas tienen la obligación de contar con un plan de vigilancia. La concreción del plan de vigilancia que efectúa la ley muestra su similitud total con los planes de cumplimiento normativo. Este plan tiene los mismos elementos que los programas de

[67] Cfr. HORST, «Shareholder Activism for Human Rights? Aktienrechtliche Instrumente zur mittelbaren Duchsetzung von Menschenrechtspflichte auf den Finanzmärken», en KRAJEWSKI/SAAGE-MAAß (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018, pp. 203 ss.; en general, sobre la eficacia de la transparencia de la RSC *vid.* HESS, «Social reporting and new gobernance regulation: the prospects of achieving corporate accountability through transparency», *Businness Ethics Quartely*, (3), 2007, pp. 453 ss.

[68] Vid. comentario al Principio nº 3.

[69] Una visión de estas medidas puede encontrarse en GUAMÁN HERNÁNDEZ/MORENO GONZÁLEZ, *Empresas multinacionales y Derechos Humanos*, 2018, pp. 139 ss.

conformidad que en materia de anticorrupción exige la *loi sapen*.[70] La norma establecía sanciones contra las empresas -de hasta diez millones de euros- que no contaran con plan de vigilancia o tuvieran uno deficientemente implantado. Esta sanción administrativa ha sido, sin embargo, declarada inconstitucional por el Consejo constitucional francés.[71] En cualquier caso, la positivización del deber de vigilancia y las obligaciones que de él se desprenden para las empresas en materia de Derechos humanos puede dar lugar a reclamaciones civiles ante la justicia francesa por parte de las víctimas.

No existen demasiadas normas similares a la francesa con vocación de abordar el problema globalmente.[72] Hasta ahora lo que predomina en la legislación nacional son normas sectoriales que especialmente se han centrado en el problema de la esclavitud y la trata de personas.[73] La *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010 es probablemente el texto más conocido.[74] Esta norma no exige a las empresas que establezcan controles determinados con el fin de evitar la esclavitud y el tráfico de personas en sus cadenas de suministros. Se trata de una *disclousure act*, basta con que la empresa indique o no si se adoptan una serie de controles que de modo indicativo establece la ley. En la parte de ejecución, la *Transparency in Supply Chains Act* establece también la posibilidad de que la Fiscalía General de California actúe con el fin de comprobar si las empresas cumplen o no sus obligaciones de publicidad y que las empresas le envíen información periódicamente.

La principal característica de esta ley es que hace una serie de preguntas muy concisas acerca de las medidas que las empresas deben adoptar y del modo en que se ha de publicar la información en la página web de la empresa. Las preguntas que las empresas deben responder, además de incrementar la transparencia, persiguen orientar acerca de cuál es el camino que la empresa debe seguir en sus prácticas de cumplimiento normativo. La *Supply Chain Act* no impone, pero exige a las empresas que informen acerca de si tienen medidas como: (a) la existencia de una verificación externa para la evaluación de los riesgos en la cadena de proveedores, debiéndose describir, en su caso, el procedimiento que utiliza para analizar el riesgo y los criterios que emplea para seleccionar proveedores en función del riesgo; (b) la realización de inspecciones no anunciadas y realizadas por personas independientes en los

[70] En concreto el art. L. 225-102-4 del Código de Comercio, indica que el plan contendrá las medidas siguientes: 1º Un mapa de riesgos para identificar, analizar y priorizar los riesgos; 2° Procedimientos de evaluación periódica de la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que se mantiene una relación comercial establecida, en relación con la cartografía de riesgos; 3° Acciones apropiadas para mitigar riesgos o prevenir daños graves; 4° Un mecanismo de alerta y recogida de informes relativos a la existencia o ocurrencia de riesgos, establecido en consulta con las organizaciones sindicales representativas de dicha empresa; 5° Un sistema de seguimiento de las medidas aplicadas y de evaluación de su eficacia.

[71] *Conseil Constitutionnel*, nº 2017-750 DC, de 23 de marzo de 2017.

[72] En Alemania existen dos informes no oficiales que, a semejanza de la ley francesa, pretenden positivizar el cumplimiento normativo en materia de Derechos humanos. Ambos incluyen un proyecto de ley en esta materia que es de gran interés, vid. KLINGER/KRAJEWSKI/KREBS/HARTMANN, *Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen in deutschen Recht*, 2016; SCHEPER/GRABOSCH, *Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehemen*, 2015.

[73] En este punto vid. MONGILLO, «Forced Labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura dell'imprese: strategie global di prevenzione e reppresione», *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4), 2019, pp. 630 ss., GARCÍA SEDANO, *Una aproximación desde el Derecho internacional y el Derecho comparado a la regulación de las cadenas de suministro y las formas contemporáneas de esclavitud* (en prensa).

[74] Para una información básica, *The California Transparency in Supply Chains Act A Resource Guide* (https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf).

locales de los proveedores, con el fin de comprobar si están libres de tráfico de personas y de trabajos forzados; (c) la exigencia de certificación a sus proveedores directos que atestigua que los materiales que utilizan proceden de empresas sin trabajos forzados o trata; (d) la existencia de controles internos, indicando quienes son sus responsables, las sanciones que aplica, la formación que se imparte.

La norma californiana ha servido de inspiración a otras en Australia y en el Reino Unido, también relativas a la trata de personas y a los trabajos forzados.[75] La *Modern Slavery Act* en el Reino Unido obliga a las empresas que tengan unos beneficios de al menos 36 millones de libras esterlinas a publicar anualmente, en un lugar destacado de su página web, un informe en el que se indiquen los pasos que han tomado para evitar la esclavitud y el tráfico de personas, en sus negocios y dentro de su cadena de suministro. La ley tiene una vocación universal, y en ello recuerda a la *Bribery Act*, pues no solo obliga a empresas con sede social en el Reino Unido, sino a todas aquellas que proporcionen bienes o servicios.

c. La regulación europea del comportamiento empresarial en materia de Derechos humanos

La Unión Europea, que como vimos apoyó los Principios rectores de Naciones Unidas, en el marco de su política sobre Responsabilidad Social Corporativa ha aprobado una serie de textos que muestran el camino a seguir en una futura regulación europea del comportamiento empresarial relativo a los Derechos humanos.

La norma más conocida e importante de la UE es sin duda la Directiva 2014/95 sobre publicación de estados no financieros que enlaza con la idea de un cumplimiento normativo transparente y, por tanto, la idea de mercados y consumidores vigilantes.[76] Adoptada sobre la base del art. 50.1 TFUE, al igual que el resto de la normativa en materia de sociedades, la Directiva obliga a las empresas de más de 500 trabajadores a que publiquen sus programas de cumplimiento "como mínimo" en materia de medio ambiente, Derechos humanos, lucha contra la corrupción y Derechos de los trabajadores. La publicación debe hacerse dentro del informe de gestión, un documento que acompaña a las cuentas anuales. La información debe incluir la descripción de los riesgos y de las políticas que aplica la empresa y sus resultados. Tal como ha aclarado la Comisión, esta información debe considerarse "información significativa", es decir, "información cuya omisión o comunicación errónea se considere razonablemente que pudiera influir en decisiones que los usuarios adopten basándose en los estados financieros de la empresa".[77] Igualmente debe ser fiel, equilibrada y comprensible, lo que implica que "los usuarios de la información no deben verse inducidos a error por inexactitudes significativas,

[75] Para una comparación entre ambas, BUSINESS AND HUMANN RIGHTS RESOURCE CENTER, *Modern Slavery in Company Operations and Supply Chains, Madantory Transparence, Mandatory Due Diligence and Public Procurement*, 2017.

[76] Cfr. EICKENJÄGER, «Die Durchsetzung von Menschenrechten gegenüber Unternehmen mittels nichtfinanzieller Berichterstattung», en KRAJEWSKI/SAAGE-MAAß (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018, pp. 243 ss. Para un estudio de la directiva y su transposición al Derecho español pueden consultarse las distintas intervenciones del Seminario de Información no Financiera: Empresas Multinacionales y Derechos Humanos, Madrid 26 de octubre de 2018 (http://blog.uclm.es/repmult/multimedia/).

[77] Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera, DO, 2017, C 215/01, p. 5).

por la omisión de información significativa o por la divulgación de información poco significativa".[78]

Existe una gran uniformidad en la forma en que las empresas realizan sus reportes en materia de Derechos humanos.[79] Los denominados estándares GRI son los más habituales (*Global Raporting Initiative*). Existen criterios de reporte en materia de evaluación de riesgos y gestión de riesgos (GRI 103), en Derechos humanos (GRI 412), trabajo infantil (GRI 408), trabajos forzados (GRI 409) y anticorrupción (GRI 205). Esta información, aunque en ocasiones se queda en aspectos muy generales, requiere en otros casos una información mucho más detallada, como el número de empleados que han recibido formación, las horas que han dedicado o las operaciones que se han sometido a evaluación de riesgos. La UE ha publicado también su propio modelo de reporte, en donde subraya la necesidad de que esta información comprenda los procedimientos de diligencia debida en su cadena de suministro y la necesidad de respetar el principio de cumplir o explicar cuando no están previstos este tipo de procedimientos.[80]

No obstante, y pese al gran avance que supone la Directiva, presenta aún indudables déficits. No existe un sistema de auditoria eficiente que supervise la veracidad de la información. Aunque está prevista una auditoria de los balances no financieros, esta se limita a comprobar que efectivamente se ha incluido dicha información, pero sin comprobar su veracidad. Lógicamente un sistema de auditoria eficaz requería, por ejemplo, normas que obligaran a guardar las evidencias sobre las que se basa la información, y criterios más determinados que los actualmente existentes sobre su presentación. En otras palabras, la creación de una suerte de "contabilidad no financiera".

El Reglamento 2017/821 sobre obligaciones en la cadena de suministro de determinados minerales originarios de zonas de conflicto y alto riesgo, aunque limitado a un sector muy concreto, resulta también importante a la hora de establecer un modelo de regulación donde se positivicen las obligaciones de *due diligence* en materia de Derechos humanos en relación a proveedores. Antes de este Reglamento, y también en el marco de la política comercial común, la UE había aprobado ya otros textos relativos al comercio de diamantes (diamantes de sangre)[81] o las cadenas de aprovisionamiento de las empresas madereras, donde el problema principal es el respeto al medio ambiente.[82] Posteriormente y mediante otros instrumentos de

[78] Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera, DO, 2017, C 215/01, p. 6).

[79] Ampliamente MUÑOZ ARENAS/NUÑEZ CHICHARRO, «Los modelos de información no financiera», en *Seminario Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los Derechos Humanos*, Madrid, 13 y 14 de junio de 2019 (http://blog.uclm.es/repmult/).

[80] Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera, DO, 2017, C 215/01, p. 7: "Las sociedades deben divulgar información significativa sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados, que incluya, cuando sea pertinente y proporcionado, información sobre sus cadenas de proveedores y de subcontratación".

[81] Reglamento (CE) n° 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, DO L 358/28.

[82] Reglamento (UE) nº 995/2010 de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DO L 295/23.

soft law se ha ocupado también de la regulación de cadenas de suministro en el sector textil[83] y en las empresas de curtidos.[84]

La preocupación del Reglamento de 2017 nace de la constatación de que muchos conflictos bélicos en el tercer mundo se financian a partir del tráfico con minerales de gran valor y de que además, en la extracción de estos minerales, son muy frecuentes atentados a los Derechos humanos, como la trata de personas, los trabajos forzados o incluso la explotación sexual. En este marco tan determinado, el Reglamento concreta las obligaciones de la empresa líder de la cadena de aprovisionamiento, tomando como punto de partida la Guía de diligencia debida de la OCDE en esta materia.[85] Los puntos fuertes de esta normativa son que, como ya se ha indicado, incorpora una auditoría externa en la cadena con el fin de comprobar que se cumplen los estándares de diligencia debida. El Reglamento también exige a los Estados realizar inspecciones en las empresas importadoras para comprobar que efectivamente se cumple la normativa.[86]

Los minerales en zonas de conflicto son un buen ejemplo, retrotrayéndonos al debate sobre la complicidad empresarial, del supuesto en que una empresa se aprovecha de las violaciones a Derechos humanos cometidos por un tercero. Pero la normativa de la UE ofrece también algunos ejemplos donde la regulación tiene como objetivo evitar que los clientes de la empresa utilicen los bienes o servicios suministrados con el fin de violar Derechos humanos. Estas disposiciones, a diferencia de los textos anteriores, no guardan una relación tan estrecha con el debate internacional acerca de empresas y Derechos humanos y la estrategia procedente de los Principios. No obstante, y aunque genéticamente tienen un origen diverso, en realidad también recurren –sin nombrarla– a la idea de diligencia debida, vinculada a otras técnicas clásicas de regulación administrativa como son las licencias.

El Derecho de la UE tiene dos bases competenciales distintas. En primer lugar, la Política Exterior y de Seguridad común, de la que proceden numerosas disposiciones (Reglamentos y Decisiones del Consejo) que establecen embargos de armas, productos, servicios e inversiones con países con regímenes que no garantizan los Derechos humanos o en los que existen conflictos armados.[87] Al lado de este tipo de medidas, adoptadas en el ámbito de la PESC, existe

---

[83] Vid. la Iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección (2016/2140(INI)).

[84] Vid. *Code of Conduct in the Leather and Tanning sector* (https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/007-private-act.pdf).

[85] Vid. *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*. No obstante, a partir de 2018 la UE ha empezado a reflexionar acerca de un marco global sobre diligencia debida, vid., de un lado, las tomas de postura de la Comisión (*Action 10 of the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan: Financing Sustainable Growt*h, COM/2018/097 final, 8 March 2018) y del Parlamento Europeo (*European Parliament Report on Sustainable Finance, 2018/2007(INI)*). En enero de 2020 ha aparecido un completo estudio donde se ponen de manifiesto las diferentes opciones regulatorias que pueden adoptarse en este punto, EUROPEAN COMMISSION, *Study on due diligence requeriements through the supply chain. Final Report*, 2020.

[86] Vid. DIAGO DIAGO, «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto», *La Ley*, (9099), 2017; GUAMÁN HERNÁNDEZ/MORENO GONZÁLEZ, *Empresas multinacionales y Derechos humanos*, 2018, pp. 119 ss.

[87] Para tener un listado de las diversas medidas es de gran utilidad: https://www.sanctionsmap.eu/#/main.

otras adoptadas sobre la base del art. 207 TFUE (política comercial común), donde se encuentra, por ejemplo, el Reglamento 2019/125[88], que tiene como finalidad regular el comercio con terceros países de productos que puedan utilizarse para aplicar la pena de muerte, penas crueles o infligir torturas u otros tratos inhumanos o degradantes. El Reglamento prohíbe la exportación, importación y la asistencia técnica cuyo único uso sea contribuir a este tipo de violaciones, incluyendo servicios como el de intermediación, formación o promoción de dichos productos. En el caso de productos de doble uso, el Reglamento establece un régimen de licencias a la exportación, cuyo núcleo consiste precisamente en mostrar que el importador ha establecido las medidas de *due diligence* adecuadas con el fin de que el bien o servicio no será desviado para un uso ilegal. Estas medias tienen también una base contractual, pues deben formar parte de las cláusulas contractuales entre el fabricante y el distribuidor, con el fin de garantizar que estos productos no van a utilizarse para infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12.2 y 17 del Reglamento (UE) 2019/15).

Adoptados también en el marco de la política comercial común, encontramos otros reglamentos cuyo objetivo es la protección de los Derechos humanos o de la paz y seguridad. Dejando de lado la normativa sobre tráfico de armas y material nuclear,[89] es el caso del Reglamento 428/2009 sobre productos de doble uso.[90] En estos supuestos, la concesión de una licencia a la exportación también debe estar sometida a controles que caen dentro de la *due diligence:* conocer cuál será su uso final y el riesgo de desviación, la identidad del usuario final y su localización, así como la existencia en la empresa exportadora de "medios y procedimientos proporcionados y adecuados para asegurar el cumplimiento de las disposiciones y los objetivos del presente Reglamento, así como los términos y las condiciones de la autorización" (art. 10).

3.2 Delitos y penas en el Derecho penal económico europeo de los DDHH

La necesidad de un Derecho penal económico que tenga como objeto la protección de bienes jurídicos indispensables para la protección de los Derechos humanos aún no ha sido formulada como tal.[91] No obstante, como acaba de comprobarse, responde a la evolución de la normativa nacional y supranacional, donde cada vez con más claridad se regula el comportamiento empresarial con el fin de hacer cumplir las obligaciones que las empresas tienen en relación con los Derechos humanos. Algunas partes de esta nueva rama del Derecho penal económico existen desde hace años, si bien hasta ahora no se ha mostrado directamente su vinculación con los Derechos humanos, lo que sin duda las ha relegado a un segundo plano.

---

[88] Reglamento (UE) 2019/125 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, DO 2019 L 30/1.

[89] Vid. GARROCHO SALCEDO, «Responsabilidad penal en el suministro de armas», en *Seminario Internacional sobre responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Madrid, 13 y 14 de junio 2019 (http://blog.uclm.es/repmult/).

[90] Reglamento (CE) nº 428/2009 del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso.

[91] Vid. no obstante las novedosas y decisivas ideas que en este punto avanza MONGILLO, *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4), 2019, pp. 667 ss.

En Alemania el denominado Derecho penal del comercio exterior[92] o en España los delitos de contrabando castigan las violaciones al régimen de embargos, la exportación de armas, productos de doble uso o elementos que pueden ser utilizados en la imposición de la pena de muerte.[93] No obstante, es dudoso que estas infracciones que en líneas generales tienen como bien protegido la capacidad de control que el Estado tiene en sus fronteras, capten adecuadamente el desvalor de estas conductas. De este modo, resulta necesario reflexionar sobre una nueva generación de infracciones que tengan en cuenta los avances de la regulación, estableciendo obligaciones positivas de protección de los Derechos humanos y que complementen a las disposiciones clásicas de Derecho penal internacional.

a. Receptación de bienes o servicios producidos con violaciones a los DDHH

El delito de receptación de bienes o servicios producidos con violaciones a los Derechos humanos constituiría una de las infracciones más importantes.[94] Al igual que ocurre con el delito de "receptación" y con el blanqueo de capitales, su bien jurídico protegido sería el mismo que el que tienen los delitos de los que proceden los bienes (vgr. la trata de personas). Podría hablarse incluso de un bien jurídico de carácter supraindividual como es la existencia de un comercio internacional libre de violaciones a los Derechos humanos, que nuevamente, trazando un paralelismo con el blanqueo, comprendería también la protección de la competencia leal. La utilización de productos o servicios producidos por empresas que utilizan prácticas como el trabajo forzado o infantil otorga una ventaja anticompetitiva, que el resto puede acabar imitando.

Un tipo penal que castigase de manera general este comportamiento no sería conforme al mandato de determinación penal, por esta razón debe irse formulando de manera paulatina en sectores específicos, donde exista un grado de concreción suficiente de las medidas de *due diligence* en la cadena de suministro. La sanción penal del incumplimiento de los deberes de *due diligence* debiera servir para que las empresas redujeran en la medida de lo posible sus cadenas de suministro. Es un hecho comprobado que los riesgos de violaciones aumentan a medida que la cadena aumenta.[95]

Una nota común a esta normativa, y en general a todo el Derecho penal económico de los Derechos humanos, es que, como hemos visto en el Reglamento sobre minerales en zonas de conflicto constituyen un nuevo tipo de normas penales en blanco, en el cual las remisiones normativas se harán generalmente al *soft law* promulgado por organizaciones internacionales. Es lo que ocurre, como hemos visto, en el Reglamento sobre los minerales en zonas de conflicto. Con ello se consigue que las medidas de cumplimiento sean globales, al provenir de organismos con la OCDE o Naciones Unidas, pero dada la menor transparencia de los procesos de generación de *soft law* de las organizaciones internacionales existe mayor peligro, por

[92] Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, pp. 249 ss. (= TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, 2010, pp. 251 ss.).
[93] Vid. art. 2 1. d), art. 2.2. c) 1º y 2 º de la Ley 12/1995 de Represión del contrabando; vid. al respecto NIETO MARTÍN, «Lección XIV», en GÓMEZ RIVERO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, v. II, 3ª ed., 2019, pp. 362 y 368, señalando la vinculación entre estos los delitos de contrabando y la protección de los Derechos humanos.
[94] La creación de este delito ha sido propuesta públicamente por el Prof. Jacobo DOPICO en varias conferencias y seminarios. Recientemente propone también un precepto penal de similares características, MONGILLO, *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4), 2019, pp. 669 ss.
[95] Cfr. MONGILLO, *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4), 2019, p. 670.

ejemplo, de influencias de *lobbies*. Existe, por tanto, un problema de legitimidad al que es preciso atender.[96]

En su tipo subjetivo, con una estructura que recuerda al blanqueo de capitales, los delitos de receptación de bienes o servicios procedentes de violaciones de Derechos humanos deben establecer dos modalidades típicas: de un lado, la violación dolosa de estas obligaciones de cumplimiento normativo con el fin de aprovisionarse de bienes o servicios, de otro, en el caso más frecuente, el aprovisionamiento imprudente, infringiendo gravemente las obligaciones de diligencia debida.[97]

Este tipo penal tendría generalmente carácter subsidiario a los casos en donde pueda apreciarse una verdadera complicidad empresarial, cuando la adquisición del bien o servicio por parte de la empresa pueda considerarse que facilita significativamente la violación de Derechos humanos en un caso concreto. Este podría ser el caso, por ejemplo, en que la empresa adquiere la totalidad o gran parte, pongamos por caso, de los minerales de una empresa, conociendo que en su producción existe trata de personas.

b. Embargos y exportaciones condicionadas al cumplimiento de deberes de due diligence

La segunda tipología de tipos penales pertenecientes al Derecho penal económico de los Derechos humanos tendría que ver con los casos también cercanos a la complicidad empresarial como es el suministro de bienes y servicios. En este punto, y siguiendo la técnica que utiliza la normativa europea, habría que distinguir entre prohibiciones absolutas de exportar un determinado bien o prestar un servicio y exportaciones o prestaciones de servicios sometidas a determinadas condiciones, como singularmente obtención de licencias, que como hemos visto suelen ir acompañadas de obligaciones de *due diligence* (arts. 12.2 y 17 del Reglamento (UE) 2019/15).[98] Para ganar en efectividad, estos tipo penales deberían abarcar aquellas situaciones en que, pese a haber obtenido una licencia válida y cumplir en este momento las obligaciones de diligencia debida, estas después se incumplen sistemáticamente.

La existencia de esta normativa, como ya se ha indicado, establece el marco de riesgo permitido dentro del cual puede considerarse este tipo de operaciones neutrales y por tanto no relevantes desde el punto de vista de la complicidad con las personas autoras directas de la violación.[99] Esto, desde luego, no implica que automáticamente pueda hablarse de una complicidad en la violación de Derechos humanos realizada por un tercero, pues es necesario comprobar, por ejemplo, que en el caso concreto ha existido una efectiva facilitación o favorecimiento del hecho. Los tipos penales de violaciones de embargos o suministros de bienes o servicios

[96] Cfr. NIETO MARTÍN, en NIETO MARTÍN/GARCÍA MORENO (dirs.), *Ius puniendi y global law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, 2019, pp. 78 ss., 91 ss.

[97] Dubitativo en relación a la introducción de una modalidad imprudente MONGILLO, *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4), 2019, p. 671.

[98] El que se trate de controlar no solo el tráfico de bienes, sino también la prestación de servicios o inversiones, muestra en este punto lo insuficiente y caduco de la óptica de los delitos de contrabando para sancionar este tipo de conductas.

[99] P.ej., el dirigente policial que ha ordenado que un dispositivo policial utilizado "para hacer cumplir la ley", se modifique con el fin de convertirlo en un instrumento de tortura o con el dirigente político que utiliza un producto utilizado para la sedación de pacientes como un componente dentro de la inyección letal en la ejecución de la pena de muerte.

condicionados a la *due diligence* servirán, por tanto, como tipo de recogida en caso de que no pueda aplicarse la complicidad empresarial.[100]

c. Incumplimiento genérico de las obligaciones de due diligence

Un precepto clave en el Derecho penal económico de los Derechos humanos sería la ausencia de medidas de *due diligence* o su adopción defectuosa, cuyo bien jurídico sería la protección del interés estatal en que exista una autorregulación eficaz en materia de Derechos humanos.[101] No obstante, en este punto lo acaecido con la Ley de vigilancia empresarial francesa muestra que formular un precepto que sancione genéricamente la infracción de las obligaciones de cumplimiento normativo en materia de Derechos humanos plantea numerosos problemas constitucionales. Como hemos visto, la Ley francesa establece la obligación legal para las grandes empresas de contar con programas de cumplimiento en este ámbito, ofreciendo en su art. L. 225-102-4 sus elementos esenciales. Pese a esta concreción de las obligaciones de cumplimiento normativo, el Consejo constitucional francés consideró que esta sanción administrativa no era respetuosa con el principio de determinación declarándola inconstitucional,[102] fundamentalmente porque consideró impreciso el objeto sobre el que debe versar el programa (¿cuáles eran concretamente los derechos afectados?, ¿qué proveedores tenían que someterse a la obligación de debido control?, etc.) y la determinación de la sanción. Por esta razón, la formulación de este tipo penal, respetando el mandato de determinación, debiera limitarse a aquellos sectores en donde existe ya una concreción suficientemente precisa de las medidas que debe adoptar la empresa.[103]

En este sentido, se ha propuesto una infracción, por ejemplo, en materia de trata de personas y trabajo forzado, semejante a la *failure to prevent bribery* de la *Bribery Act* del Reino Unido.[104] La principal cualidad de esta infracción es que admite que el delito puede ser cometido por personas que prestan servicios a la organización, lo que solventaría el problema de la imputación a la persona jurídica de las infracciones cometidas por proveedores a los que tenga la obligación de controlar. No obstante, esta figura no tendría por qué ir vinculada en exclusiva a la realización de comportamientos dolosos o imprudentes de terceros. Un ámbito de aplicación importante serían los casos en que existe una afectación a Derechos humanos que no necesariamente puede encajar en un tipo penal, pero que la empresa tiene la obligación de prevenir. Igualmente, para garantizar una obligación de autorregulación tan específica, podrían sancionarse directamente a los dirigentes empresariales que las han incumplido.

La existencia de una obligación de autorregulación en Derechos humanos y su correspondiente sanción penal necesitaría en cualquier caso de una supervisión pública que fuera concretando las obligaciones de las empresas. En definitiva, se trataría de un cometido similar al que tienen agencias anticorrupción como la francesa, que podrían asumir en un futuro las agencias de Derechos humanos.

---

[100] Así ya TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrech*, 2017, p. 263, en relación al *Außenwirtschaftsstrafrecht*.
[101] Sobre la existencia de un bien jurídico consistente en el interés estatal a la autorregulación, vid. GÓMEZ TOMILLO, *Compliance Penal y política legislativa*, 2016.
[102] *Conseil Constitutionnel* Nº 2017-750, de 23 de marzo.
[103] Vid. SCHEPER/GRABOSCH, *Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehemen*, 2015, pp. 30 s.
[104] En este sentido también MONGILLO, *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4), 2019, pp. 672 ss.

d. La falsedad en el balance no financiero

Otro camino posible con el fin de incitar a través de sanciones a que las empresas adopten programas de cumplimiento normativo en materia de Derechos humanos es sancionar la falsedad en los balances no financieros.[105] Con una lógica en cierto modo similar ya se había propuesto, por ejemplo, sancionar como práctica desleal el incumplimiento doloso de códigos éticos que la empresa decía respetar dentro de sus políticas de responsabilidad social[106] y algo similar había ocurrido en los Estados Unidos con el asunto *Nike*.[107]

La información no financiera, que comprende aspectos como la gobernanza o la composición del accionariado, cada vez tiene un mayor peso en los mercados. La transparencia de aspectos como los compromisos de las empresas para no afectar a los Derechos humanos puede ser de gran importancia para fondos de inversión éticos, pero también un criterio a tener en cuenta para evaluar su nivel de riesgos o la calidad de su gestión. De la Directiva sobre información financiera no puede desprenderse en modo alguno que este tipo de información sea de segundo nivel. Por esta razón, la obligación existente en el art. 51 de la Directiva sobre los estados financieros anuales de establecer sanciones proporcionadas, disuasivas y eficaces, pesa también sobre los estados miembros. La STJU de 3 de mayo de 2005 (caso *Berlusconi*) determinó con claridad que estas sanciones debían ser suficientemente graves, lo que *de facto* podía ser interpretado como una obligación de que estas sean de carácter penal.

En algunos países de la UE la información no financiera y, concretamente, la que abarca a los programas de cumplimiento en materia de Derechos humanos se sanciona ya de este modo. Es el caso, por ejemplo, de Alemania donde el § 334.3 (a) HGB sanciona con multad de hasta 10 millones de Euros o el cinco por ciento del total de negocios en el último año su incumplimiento.[108] Por otro lado, la vinculación entre transparencia y medidas de diligencia era precisamente el camino adoptado en relación al tráfico de personas en la *Modern Slavery Act* o en la Ley de california. Un precepto de estas características será tanto o más efectivo a medida que vayan concretándose, bien legalmente bien por la vía del *soft law,* la forma en que han de confeccionarse los balances no financieros, y se vayan imponiendo obligaciones colaterales como la necesidad de conservar determinada información, que permita confirmar la veracidad de lo afirmado en ellos, o se incremente la obligación de auditarla que hasta ahora resulta muy reducida.

e. La responsabilidad de los certificadores y auditores

El papel de las empresas certificadoras y auditoras resulta esencial en todo el sistema de cumplimiento normativo en Derechos humanos, sobre todo porque aseguran el cumplimiento de la normativa nacional o de determinados estándares allí donde no existen servicios estatales

---

[105] Vid. ya NIETO MARTÍN, «La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coords.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 167 ss. Igualmente, FOFFANI, «Falsedad en los estados no financieros», en *Seminario Internacional sobre responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de los Derechos humanos*, Madrid, 13 y 14 de junio de 2019 (http://blog.uclm.es/repmult/).

[106] Art. 5 Directiva 2005/29, relativa a prácticas comerciales desleales, DO L 149/22.

[107] Al respecto, WILLIAMS, «The Securities Exchange Commission and Corporate Social Transparency», *Harvard Law Review*, (112), 1999, pp. 112 ss.

[108] Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, p. 481.

de supervisión. Tanto el Reglamento de la UE sobre minerales en zonas de conflicto, como anteriormente, el Reglamento de "diamantes de sangre", consideran la certificación y la auditoria como una de las herramientas claves de la *due diligence* en materia de Derechos humanos. Aunque las inspecciones realizadas por la propia empresa a los locales de la proveedora, puedan ser la medida más eficaz, esto no siempre es posible, y tampoco excluye la función de la certificación en la fase previa de selección del proveedor. Una parte esencial en el debate debe ser cómo mejorar la capacidad de certificación y auditoría, para lo que habría que comenzar con asegurar al certificador/auditor un estatus de independencia similar a la auditoría de cuentas e igualmente señalar cuáles son sus deberes de denuncia o, lo que es de gran importancia, cómo asegurar la calidad de las certificadoras que actúan en diversas partes del mundo. De manera inmediata, esto podría implicar que al menos los auditores en materia de Derechos humanos fueran también elegidos por las comisiones de auditoría de las sociedades cotizadas.

En alguno de los casos más graves de violaciones a Derechos humanos ha aparecido la cuestión de la responsabilidad penal de las empresas certificadoras. En el caso del incendio de la fábrica *Ali Enterprises* en Pakistán, que albergaba a una industria textil proveedora de empresas europeas, se ha planteado la responsabilidad penal de la sociedad certificadora italiana que había emitido la SA 8000 que asegura el cumplimiento de las normas de salud laboral.[109] Igualmente en el caso de la catástrofe medioambiental de *Brumandinho* en Brasil, protagonizada por la empresa minera *Vale*, la fiscalía brasileña acusa de los delitos medioambientales y homicidio a la sociedad certificadora alemana, que había auditado las condiciones de seguridad de la presa, cuya ruptura provocó la catástrofe medioambiental.[110]

La responsabilidad penal y civil de las certificadoras debe constituir uno de los debates principales del Derecho penal económico de los Derechos humanos. Desde el punto de vista civil resulta, por ejemplo, dudoso que las certificadoras/auditoras tengan una obligación de prevenir daños a terceros y desde luego no guardan relación contractual normalmente con la empresa a la que se suministran los servicios, por lo que no está nada claro cuál es su responsabilidad en relación a daños a terceros.[111] Por esta razón debiera discutirse por ejemplo la necesidad de un tipo penal que sancionara la falsedad en las certificaciones, incluyendo desde luego la falsedad imprudente.

f. La competencia de la UE

El conjunto de infracciones que acaban de diseñarse a grandes rasgos podrían ser objeto de armonización a través del Derecho de la Unión. Como se ha señalado anteriormente, el fundamento de estas normas se encuentra en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común, en el marco de la política comercial común, que es competencia exclusiva además del Derecho de la Unión, o en la regulación relativa a la libertad de establecimiento. En todos estos casos podría invocarse la competencia anexa prevista en el art. 83.2 TFUE para proceder a la armonización. La vía del art. 83.1 TFUE podría ser también la adecuada en relación a medidas destinadas a prevenir el tráfico de personas, la explotación sexual o el tráfico de armas, delitos

[109] Cfr. ECCHR, *After factory fire in Pakistan: proceedings against auditor in Italy criminal proceedings and OECD complaint against certifier Rina* (https://www.ecchr.eu/en/case/after-factory-fire-in-pakistan-proceedings-against-auditor-in-italy/).
[110] Vid. https://elpais.com/internacional/2020/01/22/actualidad/1579719454_545898.html.
[111] Cfr. SCHEPER/GRABOSCH, *Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehemen*, 2015, pp. 55 s.

todos que en sus modalidades más graves pueden conllevar una afectación a los Derechos humanos.[112]

La necesidad de recurrir a sanciones penales con el fin de asegurar las obligaciones de *due diligence* de las empresas multinacionales es algo que se repite también en los Principios de Naciones Unidas. Si hasta ahora no se ha dado ningún paso en este sentido, al menos en la UE, probablemente tiene que ver con el hecho de que esta materia se ha vinculado tradicionalmente a la Responsabilidad Social Corporativa. En lo tocante a la protección de Derechos humanos, tanto el Tribunal Europeo de Derechos humanos, como la Corte Interamericana han subrayado además que contar con un Derecho penal eficaz, que sancione las violaciones, forma parte de la obligación de "proteger" que pesa sobre los Estados. Debe, no obstante, debatirse si esta jurisprudencia que se refiere a violaciones directas puede trasladarse a estas infracciones situadas en el ámbito previo.[113]

Cuestión distinta es que, conforme al principio de subsidiariedad, deba dejarse en primer término en manos de los Estados miembros la articulación de estas nuevas infracciones dentro de su Derecho penal económico. No obstante, en este punto debe tenerse en cuenta que estas infracciones cumplen con criterios como la gravedad y la transnacionalidad.

4. Bibliografía

ÁLVAREZ TORNÉ (2015), «Tendencias actuales en Materia de responsabilidad civil internacional por vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas», *Revista española de Derecho internacional*, (67), pp. 291 ss.

AMBOS (2018), «International Economic Criminal Law», *Criminal Law Forum,* (29), 2018, pp. 499 ss.

———— (2018), *Derecho penal internacional económico*, Civitas, Madrid, 2018.

AMBOS/CARSTEN (eds.) (2018), «Special Issue: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability», *Criminal Law Forum*, (4), pp. 495 ss.

AMBOS/BOCK (2018), *Aktuelle und grundsätzliche Frages des Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin.

ARENAL LORA (2019), *Crímenes económicos en Derecho internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*, Aranzadi, Pamplona.

[112] Sobre las competencias armonizadoras de la UE, MUÑOZ DE MORALES, *Derecho penal europeo*, 2020, pp. 39 ss.

[113] Sobre esta cuestión últimamente VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret*, (3), 2016.

BUSINESS AND HUMANN RIGHTS RESOURCE CENTER (2017), *Modern Slavery in Company Operations and Supply Chains, Madantory Transparence, Mandatory Due Diligence and Public Procurement*.

BUSEKIST/DIMISC (2018), «Compliance als Instrument der Menschenrechtsshutzes», en KRAJEWSKI/OEHM/SAAGE-MAAß (eds.), *Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menchenrechtsverletzungen*, Springer, Berlin/Heidelberg, pp. 267 ss.

CASSEL (2014), «Suing Americans For Human Rights Torts Overseas: The Supreme Court Leaves The Door Open», *Notre Dame Law Review*, (4), pp. 1773 ss.

———— (2008), «Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts», *Northwestern Journal Of International Human Rights*, (6), pp. 1 ss.

CASTILLO MONTERREY (2014), «El expolio de las riquezas nacionales: un nuevo reto para el Derecho Penal Internacional», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, BdeF, Buenos Aires, pp. 211 ss.

DE BRITO GUEIROS/DE ALENCAR E MIRANDA (2017), «Brazilian Report on Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», en MANACORDA/MARLETA/VANACORE (eds.), «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», *Revue Internationale de Droit Pénal*, (1), pp. 141 ss.

DE SCHUTTER/RAMASASTRY/TAYLOR/THOMPSON (2012), *Human Rights Due Diligence: The Role Of States*.

DE VICENTE (2018), «Hacia un derecho penal medioambiental: catástrofes ambientales y ecocidio», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 245 ss.

DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.) (2018), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DIAGO DIAGO (2017), «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto», *La Ley,* (9099).

EICKENJÄGER (2018), «Die Durchsetzung von Menschenrechten gegenüber Unternehmen mittels nichtfinanzieller Berichterstattung», en KRAJEWSKI/SAAGE-MAAß (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, pp. 243 ss.

EUROPEAN COMMISSION (2020), *Study on due diligence requeriements through the supply chain. Final Report*.

FOFFANI (2019), «Falsedad en los estados no financieros», en *Seminario Internacional sobre responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de los Derechos humanos*, Madrid, 13 y 14 de junio (http://blog.uclm.es/repmult/).

FORCADA BARONA (2018), «Derechos internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 53 ss.

GARCÍA SEDANO, *Una aproximación desde el Derecho internacional y el Derecho comparado a la regulación de las cadenas de suministro y las formas contemporáneas de esclavitud* (en prensa).

GARROCHO SALCEDO (2019), «Responsabilidad penal en el suministro de armas», en *Seminario Internacional sobre responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Madrid, 13 y 14 de junio (http://blog.uclm.es/repmult/).

——— (2016), *La responsabilidad del superior por omisión en el Derecho penal internacional*, Aranzadi, Pamplona.

GÓMEZ TOMILLO (2016), *Compliance Penal y política legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GUAMÁN HERNÁNDEZ/MORENO GONZÁLEZ (2018), *Empresas multinacionales y Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete.

HESS (2007), «Social reporting and new gobernance regulation: the prospects of achieving corporate accountability through transparency», *Businness Ethics Quartely*, (3), pp. 453 ss.

HORST (2018), «Shareholder Activism for Human Rights? Aktienrechtliche Instrumente zur mittelbaren Duchsetzung von Menschenrechtspflichte auf den Finanzmärken», en en KRAJEWSKI/SAAGE-MAAß (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, pp. 203 ss.

HÜBNER (2018), «Human Rights Compliance um Haftung im Außenverhältnis», en KRAJEWSKI/SAAGE MAAB (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, pp. 61 ss.

JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.) (2015), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden.

JOSEPH (2004), *Corporations and Transnational Human Rights Litigations*, Hart Publishing, Oxford.

KALECK (2015), «Die Verantwortung von Unternehmen und Unternehmern für Völkerrechtsverbrechen –die Nüremberg Prozessen», en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, pp. 83 y ss.

KLINGER/KRAJEWSKI/KREBS/HARTMANN (2016), *Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen in deutschen Recht* (https://www.oxfam.de/system/files/gutachten-sorgfaltspflichten-oxfam.pdf).

KRAJEWSKI/OEHM/SAAGE-MAAß (eds.) (2018), *Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menchenrechtsverletzungen*, Springer, Berlin/Heidelberg.

LAFUENTE (2002), *Esclavos por la patria. La explotación de los presos bajo el franquismo*, Temas de Hoy, Barcelona.

LASCURAIN SÁNCHEZ (2018), «Tema 3. La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa», en DE LA MATA /DOPICO/LASCURAÍN /NIETO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, pp. 87 ss.

MANACORDA (2017), «General Report on Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», en MANACORDA/MARLETA/VANACORE (eds.), «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», *Revue Internationale de Droit Pénal*, (1), pp. 22 ss.

MANACORDA/MARLETA/VANACORE (eds.) (2017), «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», *Revue Internationale de Droit Pénal*, (1).

MARLETTA (2017), «Heads of Business and the framework of Liability for complicity under International Criminal Law», en MANACORDA/MARLETA/VANACORE (eds.), «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes», *Revue Internationale de Droit Pénal*, (1), pp. 91 ss.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ (2016), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MARZEN (2010), «The Furundzija Judgment And Its Continued Vitality In International Law», *Creighton Law Review*, (43), pp. 505 ss.

MONGILLO (2019), «Forced Labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura dell'imprese: strategie global di prevenzione e reppresione», *Revista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, (3-4).

MUÑOZ ARENAS/NUÑEZ CHICHARRO (2019), «Los modelos de información no financiera, en Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los Derechos Humanos», en *Seminario Internacional sobre responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de los Derechos humanos*, Madrid, 13 y 14 de junio (http://blog.uclm.es/repmult/).

MUÑOZ DE MORALES (2020), *Derecho penal europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NAUCKE (2012), *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat*. *Eine Annäherung*, Lit, Münster.

NEYERT (dir.) (2015), *Des écocrimes à l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruselas.

NIETO MARTÍN (2019), «Transformaciones del ius puniendi en el Derecho global», en NIETO MARTÍN/GARCÍA MORENO (dirs.), *Ius puniendi y global law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2019), «Lección XIV», en GÓMEZ RIVERO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, v. II, 3ª ed., Tecnos, Madrid.

——— (2018), «La responsabilidad penal de empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTIN, *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2017), «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en DE HOYOS SANCHO (coord.), *La víctima del delito y las últimas regulaciones procesales penales*, Aranzadi, Pamplona, pp. 315 ss.

——— (2017), «La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coords.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, pp. 167 ss.

——— (dir.) (2013), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2012), «Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (16), pp. 137 ss.

PÉREZ CEPEDA (2019), «Hacia el final de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de Derechos Humanos», *Revista Penal*, (44), pp. 126 ss.

——— (2018), «Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional», en DE LA CUESTA *et al.* (dirs.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. h. c. mult. Juan Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PIETH (2018), «Corporate compliance and Human Rights», *Criminal Law Forum,* (29), pp. 595 ss.

REQUEJO ISIDRO (2009), *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona.

SAAD DINIZ (2019), *Victimología corporativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SAAGE-MAAS (2018), «The Merowe Dam Project- When does the coin flip from legal business activity to criminal behaviour? Reflections on the concept of guarantor's liability in the context of transnational business activities», *Criminal Law Forum,* (29), pp. 603 ss.

SCAHILL (2008), *Blackwater: el auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Paidós, Bacelona.

SCHEPER/GRABOSCH (2015), *Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehemen*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin.

SCHMIDT (2006), *Crimes of Business in International Law*, Nomos, Baden-Baden.

THOMPSON/RAMASASTRY/TAYLOR (2009), «Translating Unocal: The Expanding Web Of Liability For Business Entities Implicated In International Crimes», *George Washington International Law Review,* (40), pp. 841 ss.

THURNER (2012), *Internationales Unternehmensstrafrecht. Konzerverantwortlichkeitkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, Österreich, Viena.

TIEDEMANN (2017), *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., Vahlen, Múnich.

——— (2010), *Manual de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VALIENTE LANUZA (2016), «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, (3).

WILLIAMS, «The Securities Exchange Commission and Corporate Social Transparency», *Harvard Law Review*, (112), pp. 1197 ss.

WITTIG, «Zur Legitimation und Grenzen eines rechtsstastaatlichen Wirtschaft» en JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, pp. 246 ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2018), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española», en DEMETRIO CRESPO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 87 ss.

InDret
3.2020

El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión

Miguel Ángel Boldova Pasamar
Universidad de Zaragoza
-

Sumario
-
Los delitos contra la violencia de género de carácter ocasional, que se introdujeron a finales de 2004 en la legislación penal española para combatir de un modo especialmente intenso las violencias físicas y psicológicas del hombre sobre su pareja o expareja femenina, no solo superaron el filtro de constitucionalidad, sino que en la actualidad de aplican de forma automática y objetivista. No resulta preciso probar para la imposición de una pena superior ni motivaciones discriminatorias del autor, ni relaciones de poder o dominio sobre la víctima. Siguiendo las prescripciones del Convenio de Estambul, nuestro legislador parece dispuesto a ampliar el elenco de figuras delictivas en las que está o puede estar presente el componente de género, al pretender incluir dentro del catálogo de delitos de esta naturaleza otras violencias contra la mujer, particularmente las sexuales, más allá del limitado ámbito de la pareja.

Abstract
-
In 2004 Spain changed the criminal legislation to include gender motivated offenses, in order to severely fight more against the physical and psychological violence perpetrated by men against their present or former female partners. The new legislation not only passed the constitutionality control but has also being applied automatically and in an objective way. Therefore, it is not mandatory to prove neither discriminatory motivations of the perpetrator nor power relations or dominance over the victim for the imposition of a higher penalty. Following the prescriptions of the Istanbul Convention, the Spanish legislator seems willing to expand the list of offenses in which the gender component is or may be present, aspiring to include other forms of violence against women beyond the limited scope of the couple, particularly in cases of sexual violence.

Abstract
-
Die Straftaten gegen geschlechtsspezifische Gewalt gelegentlicher Art, die Ende 2004 in das spanische Strafgesetzbuch eingeführt wurden, um die physische und psychische Gewalt von Männern gegen ihre jetzigen oder ehemaligen Partnerinnen besonders intensiv zu bekämpfen, haben nicht nur die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit bestanden, aber sie werden derzeit automatisch und objektiv angewandt. Daher ist es nicht erforderlich, für die Auferlegung einer höheren Strafe weder diskriminierenden Motivation des Täters noch Machtverhältnisse oder Dominanz über das Opfer nachzuweisen. Nach den Vorschriften des Übereinkommens von Istanbul scheint der spanische Gesetzgeber bereit zu sein, die Zahl der Straftaten, in denen die geschlechtsspezifische Komponente vorkommt oder vorhanden sein könnte, zu erweitern. Er beabsichtigt daher, andere Gewalttaten gegen Frauen, insbesondere sexuelle, in den Katalog solcher Straftaten, über den begrenzten Umfang des Paares hinaus aufzunehmen.

Title: *The current understanding of gender violence crimes and their expansion perspectives*

Titel: *Das derzeitige Verständnis von Verbrechen gegen geschlechtsspezifische Gewalt und ihre Expansionsperspektiven*

Palabras clave: *violencia de género, violencia contra la mujer, violencia sexual, igualdad y no discriminación*

Keywords: *violence of gender, violence against women, sexual violence, equality and non-discrimination*

Stichwörter: *geschlechtsspezifische/geschlechtsbezogene Gewalt, Gewalt gegen Frauen, sexuelle Gewalt, Gleichstellung und Nichtdiskriminierung*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.06

-

InDret

3.2020

Recepción
27/01/2020
-
Aceptación
12/05/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. La interpretación literal y objetiva de los delitos de violencia de género ocasional
3. La irrupción de la agravante de género
4. Los trabajos preliminares para alcanzar un Pacto de Estado en materia de violencia de género: aspectos de Derecho Penal sustantivo
5. El Pacto de Estado en materia de violencia de género (texto refundido de 13 de mayo de 2019): las propuestas penales de reforma
6. Epílogo
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Han trascurrido más de quince años de vigencia de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Una ley que gozó de la unanimidad de la clase política para su aprobación, aunque las medidas de carácter penal fueron de las más discutidas al implantar por primera vez en el Derecho Penal español una discriminación o asimetría penológica por géneros con relación a determinados tipos penales.[1] No obstante, esa misma unanimidad se ha plasmado recientemente en el "Pacto de Estado contra la violencia de género", que busca ampliar los recursos de carácter jurídico-penal frente ese estigma social, en contra de la opinión generalizada de la doctrina penal, a la que se ha ignorado por completo.

Una parte de aquellas medidas de la LO 1/2004 consistió en insertar en el Código penal una serie de tipos delictivos contra la integridad física y la libertad, que se agruparon bajo el común denominador de una clase determinada de "violencia de género" –la producida por el varón contra la mujer en el ámbito de la pareja–, y que consagraron la diferenciación penológica según que fuera el hombre o la mujer quien realizara externamente el mismo comportamiento. La comprensión jurisprudencial de las normas subyacentes a estos delitos ha evolucionado a lo largo de los años y en la actualidad puede decirse que ha culminado una determinada interpretación de los preceptos penales que, si bien es cierto no es unánime, mayoritariamente y en la práctica prescinde del plano subjetivo y personal en el que se realiza el delito para concentrarse solo en el objetivo y comunitario al objeto de afirmar la concurrencia del correspondiente delito de género, incurriendo en un automatismo total y, por ello, preocupante.

Entre tanto el legislador de 2015 amplió el catálogo de delitos más directamente relacionados con la violencia contra la mujer, algunos de ellos derivados de los compromisos internacionales contenidos principalmente en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011), en la Directiva 2011/36/UE (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas), y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979). En su virtud se tipificaron expresamente en el CP los matrimonios forzados (art. 172 bis), el acoso persecutorio (art. 172 ter) y la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada (art. 197.7), aunque en estas figuras no se incluyeron las asimetrías penológicas de los delitos de violencia de género. Asimismo, incorporó dentro del catálogo de circunstancias agravantes generales o comunes la de cometer el delito por "razones de género", vinculada conceptualmente a las definiciones del citado Convenio de Estambul, aunque no a sus prescripciones.

---

* Autor de contacto: Miguel Ángel Boldova Pasamar, mboldova@unizar.es. Este trabajo se vincula con una de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales, financiado por el Gobierno de Aragón y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional ("Construyendo Europa desde Aragón").

[1] BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, pp. 18 s.

Por último, en el marco de la revisión de la LO 1/2004 y con la pretensión de aumentar los recursos del Derecho Penal contra la violencia machista, el siguiente paso que se anuncia por parte del legislativo español, según manifiesta en el Pacto de Estado contra la violencia de género (en su versión de 13 de mayo de 2019, que contiene el documento refundido de medidas propuestas por el Congreso y por el Senado),[2] consiste, entre otras medidas, en las siguientes: ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul, modificar o ampliar algunos delitos que aparecen como expresión de la denominada violencia de género, limitar las circunstancias atenuantes, así como extender el campo de aplicación de las circunstancias agravantes, y no solo la de género, sino también de circunstancias comunes (como la reincidencia).

En este trabajo se estudia la comprensión de los tipos de violencia de género del CP, así como del conjunto de delitos que aparecen también como manifestaciones diversas de la violencia contra la mujer por razones de género, a partir de la fundamentación teórica actualmente dominante dirigida a explicar la eventual mayor intensidad de la respuesta penal, bien sea mediante tipos cualificados, bien mediante circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y los argumentos para mantener o rechazar la coherencia del sistema, así como su adecuación a los principios fundamentales del Derecho Penal.

2. La interpretación literal y objetiva de los delitos de violencia de género ocasional

Por lo que respecta a la visión actual de los delitos de violencia de género, hoy por hoy para la jurisprudencia española "toda" agresión de un hombre a una mujer, cuando exista o haya existido relación entre ellos, constituye violencia de género. La STS 677/2018, de 20 de diciembre (MP: Vicente Magro Servet), eliminó la posibilidad de soslayar la aplicación del art. 153 CP a los supuestos de maltrato bidireccional o riñas mutuas en la pareja, uno de los pocos supuestos –prácticamente el único–[3] que daban lugar a la exclusión excepcional del precepto indicado.

En realidad, a partir de esta sentencia ningún caso de maltrato de obra o de lesiones leves en ese ámbito puede quedar excluido en la práctica de la *vis attractiva* de los delitos de violencia de género. Así se consolida una interpretación objetiva y una aplicación literal y automática de los tipos de violencia de género relacional, pues no requiere prueba alguna sobre aspectos objetivos o subjetivos que pudieran estar dirigidos a abonar el carácter de "género" de la violencia correspondiente. Aunque en principio la STS mencionada se refiere al delito del art. 153.1 CP, su doctrina es extensible a los demás preceptos que recogen la relación típica entre

[2] Disponible en internet a través del portal de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género o, directamente:
http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

[3] Al margen quedan los hechos en los que no se aprecia entidad y textualmente se descarta que estemos ante una manifestación de violencia de género, como: "*discrepancias y reproches en relación con la conducta que adopta la madre para con los hijos comunes*" (AAP de Cáceres, sec. 2, 913/2017, de 18 diciembre), o discusiones constantes y "*lenguaje hasta soez y cuanto menos poco educado, estando presente el hijo común, de tres años, en varias de ellas*" (AAP de Murcia, sec. 3, 792/2018, de 30 de noviembre). Igualmente, se estima atípico y excluido de la violencia de género el acto de colocar la mano en la boca de la esposa en el devenir de una discusión verbal (SAP de Badajoz, sec. 1, 59/2017, de 19 junio, "*no constituye un delito de violencia de género, no integra un maltrato de obra. Otra interpretación es sencillamente inapropiada y desmesurada*", revocando la condena recaída en la primera instancia).

un sujeto activo varón y un sujeto pasivo mujer que eran pareja en el momento de los hechos o lo fueron en un momento anterior. [4]

La incorporación al CP, merced a la LO 1/2004, de los tipos que castigan con una pena superior al hombre respecto de la mujer en las distintas manifestaciones de la violencia de género, como son lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones (arts. 148.4.º, 153.1, 171.4 y 172.2), aparentemente al margen de exigencias probatorias, [5] dio lugar a un intenso debate sobre la constitucionalidad de la diferenciación penológica, y ello con base en una posible vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad, así como del derecho a la presunción de inocencia, [6] que fue resuelta en su momento por el TC en varias sentencias desde su primer pronunciamiento en la STC 59/2008, de 14 de mayo (MP: Pascual Sala Sánchez), aunque con la existencia de relevantes y numerosos votos particulares, que ponían de relieve que la cuestión no quedaba completamente solventada, como así fue.

Según esta transcendental sentencia del TC: "*El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (…) a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. (…) el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima*".

Se trataba en el fondo, según se indicaba en sus votos particulares y en la doctrina penal que analizó dicha resolución (y que mayoritariamente optó por realizar una interpretación de los preceptos que los dotara de un fundamento material que impidiera el automatismo en su aplicación),[7] de una sentencia interpretativa de la constitucionalidad de un precepto para orientarlo hacia una fundamentación de la asimetría penológica, no sobre la base de una diferencia biológica entre los sujetos activo y pasivo del delito,[8] sino en virtud de las pautas

---

[4] Tan solo el carácter potestativo del tipo cualificado del art. 148.4.º podría suponer una excepción al indicado automatismo de la agravación.

5 SANZ MULAS, «El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el Pacto de Estado contra la violencia de género», *RP*, 2019, (43), p. 140, estima que la propia LO 1/2004, al incluir en el CP estos delitos sin exigir el componente discriminatorio y sí solo el vínculo afectivo, aboga por la aplicación automática de los tipos delictivos.

[6] Independientemente de otros motivos de inconstitucionalidad que se apuntan, como el derivado de una jurisdicción especial denominada de violencia contra la mujer, que podría hacer dudar de la igualdad de las partes en el proceso; vid. TAMARIT SUMALLA, «Violencia de género: una política criminal sin base empírica», *El cronista del Estado Democrático y Social de Derecho*, (77), 2018, pp. 24 s.

[7] Vid. en este sentido ALASTUEY DOBÓN/ESCUCHURI AISA, «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español», *RDP,* (23), 2015, p. 51.

[8] Vid. ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», *REDUR*, (7), 2009, pp. 39 s., quien alude a que el TC habría declarado inconstitucional una determinada lectura del art. 153.1, y precisamente la que fundamenta las diferencias penológicas en la distinta biología de los sujetos activo y pasivo del delito. Contrarias al carácter interpretativo de la STC 59/2008: GARCÍA ARÁN, «Injusto individual e injusto social en la violencia

culturales –de género– que son inherentes o consustanciales al maltrato en la pareja por parte del hombre a la mujer de quien es o ha sido pareja y que dotan a la conducta de un *plus* de lesividad. [9]

Aunque aparentemente la interpretación constitucional de los tipos de violencia de género habría zanjado toda discusión sobre la aplicabilidad de los delitos correspondientes,[10] en realidad no quedó definitivamente resuelta la cuestión de si debía ser objeto de prueba en el proceso penal la concurrencia de un elemento objetivo, de uno subjetivo o de ambos, en todo caso relacionados con el carácter de género que acompaña a esa clase de violencia relacional. El elemento objetivo se circunscribiría a la existencia de una situación de desequilibrio entre los sujetos o a una posición de dominio del hombre sobre la mujer. El subjetivo haría referencia a la existencia de motivación o ánimo discriminatorio, machista o sexista del autor del delito. Estos elementos se tomarían en consideración en casos minoritarios, aquellos más problemáticos o discutibles y porque lo alega la parte acusada, confirmando con esta excepción la regla general contenida en la ley penal relativa a la mayor gravedad de la violencia en la pareja que fuera de ella, y particularmente la de género sobre cualquier otra.

En efecto, la aplicación de los tipos de violencia de género no ha planteado un problema en la práctica cuando ha sido de carácter unidireccional, esto es, el supuesto más frecuente (agresiones, amenazas y coacciones del hombre contra su pareja femenina), puesto que en principio ha bastado la constatación de la previa existencia de una relación presente o pasada de pareja y que la conducta agresiva hubiera sido realizada por un hombre contra una mujer, sin entrar a considerar elementos de desequilibrio, dominación, discriminación o machismo,[11]

---

machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)», en CARBONELL MATEU et al. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, t. I, 2009, p. 658; ROIG TORRES, «La delimitación de la "violencia de género": un concepto *espinoso*», *Estudios Penales y Criminológicos*, (32), 2012, p. 299.

[9] A este respecto se ha dicho que el fundamento material para explicar las agravaciones de género radica en que la condición de mujer, en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, es un factor específico que incrementa el riesgo de ser víctima de actos de violencia a manos de su pareja masculina; en este sentido LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *RECPC,* (7-8), 2005, pp. 17 ss. Desde este punto de vista, en toda agresión del varón a su pareja femenina estaría presente ese mayor riesgo o esa mayor lesividad (así también MAQUEDA ABREU, «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral», *RP,* (18), 2006, p. 179). En cambio, en términos menos absolutos, para LARRAURI PIJOAN, «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *InDret,* (1), 2009, p. 11, *en general* el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, y ello se debe a dos motivos: el *mayor temor* que la agresión de un hombre ocasiona y la *mayor posibilidad* de que se produzca un resultado lesivo. Añade también que en general la mujer en pareja está en situación de mayor vulnerabilidad producto precisa y adicionalmente de su vida en pareja.

[10] Atribuida también, singular y decisivamente, a la "operación de cirugía estética" que sufrió la LO 1/2004 en fase de proyecto con la inclusión del segundo grupo de personas especialmente protegidas, esto es, las especialmente vulnerables que convivan con el autor. Puesto que de esa manera se igualaba en cierta medida la asimetría entre géneros y se permitía soslayar la tacha por violación del principio de igualdad y del derecho a no ser discriminado, al poder resultar también víctima del tipo cualificado el hombre –especialmente vulnerable– agredido por su pareja femenina; vid. en este sentido ACALE SÁNCHEZ, «Derecho Penal y violencia de género», en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, pp. 410, 414.

[11] En el *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (realizado por el CGPJ, publicado en marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es), se indica que "la mayor parte de las resoluciones de las Audiencias Provinciales analizadas no abordan este tema, lo que significa que la cuestión relativa a la integración o no del referido elemento finalístico en los delitos de violencia de género no ha sido, en estos casos,

pero máxime si se ponían de manifiesto (STS 58/2008, de 25 de enero). Cabe destacar que muchas de esas causas acaban en sentencias de conformidad, por lo que, admitida la culpabilidad, nada más hay que investigar.[12]

No obstante, la regla general de que la violencia del hombre contra su pareja femenina constituye un delito de violencia de género ha contado con excepciones, puesto que en algunas ocasiones y concretamente en las hipótesis de agresiones mutuas o de violencia bidireccional a veces se ha hecho depender la apreciación del delito correspondiente de género de la prueba de la concurrencia, o bien de una situación objetiva de desequilibrio o de una posición de dominio del hombre, o bien de un elemento subjetivo concretado en un ánimo discriminatorio.[13] Dicha exigencia se había fundamentado en la finalidad u objeto de la LO 1/2004 puesta de manifiesto y declarada en su art. 1.1: "*La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*". Pues bien, el mutuo acometimiento en igualdad de condiciones y con resultados similares sería una señal de que no se produce la situación de desigualdad o de desequilibrio que son el contexto propio de las denominadas conductas "machistas".

La tendencia en esa jurisprudencia que apreciaba un elemento adicional en las hipótesis de agresiones mutuas o que, mejor dicho, descartaba los tipos de violencia de género si en el caso concreto no se ponía de manifiesto una situación de vulnerabilidad, de superioridad, de discriminación, etc., reconduciendo los hechos a la respectiva falta, se mantuvo tras los pronunciamientos del TC sobre la correspondencia de los tipos de violencia de género con la Constitución.[14] Dicha jurisprudencia, en principio menor, la hizo suya el propio TS (a partir de la STS 654/2009, de 8 de junio), que de alguna manera enmendaba la plana al TC, haciendo una

---

suscitada por las partes. Cuando sí ha sido objeto de debate o cuando las Audiencias Provinciales han examinado esta cuestión de oficio, lo que ha sucedido en un 13,24% de las sentencias que constituyen la muestra de estudio, en un 60,35% de supuestos se han decantado por entender que el artículo 1 de la Ley Integral define un elemento subjetivo en los delitos de violencia de género" (pp. 210 s.).

[12] Según el Boletín n.º 43 del CGPJ, en el periodo que va del segundo semestre de 2005 al primero de 2015, en los Juzgados de violencia contra la mujer, de las 192.804 sentencias dictadas por estos órganos, 148.894 han sido condenatorias, de ellas 107.264 han correspondido a sentencias de conformidad del acusado y el resto, 41.630, a condenas en juicio de faltas. A tenor del Informe trimestral sobre violencia de género del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ correspondiente al año 2018, las condenas de conformidad en los Juzgados de lo Penal en procesos de violencia de género, representaron el 30,5% de las formas de terminación posibles, frente al 24,4% de sentencias condenatorias sin conformidad.

[13] Vid., por ejemplo, SAP de Barcelona (sec. 20) 620/2006, de 19 julio y 950/2007, de 31 octubre (la pelea mutua declarada probada implica la igualdad de condiciones, las agresiones mutuas y la adopción por ambos de un posicionamiento activo en la pelea que nada tiene que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio discriminatoria para la mujer); SAP de Valencia (sec. 1) 437/2008, de 27 noviembre y 451/2008, de 3 de diciembre (en supuestos como el presente en el que el maltrato del hombre sobre la mujer es recíproco y simultaneo con el maltrato de la misma sobre el hombre, normalmente producido cuando tiene lugar una pelea en la que los dos contendientes aceptan el daño propio y del otro, actuando movidos por la intención de vencer al oponente en situación pareja, no se puede calificar el suceso como una manifestación de dominio del hombre sobre la mujer o como un estado de vulnerabilidad de ésta, ni tampoco se puede atribuir al acusado varón la prueba de que su acción dolosa comprende la conciencia de tal superioridad o de que se mueve impelido por dicho convencimiento).

[14] SAP de Castellón 253/2011 (sec. 2), de 30 mayo (con cita de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales).

relectura constitucional del precepto para las hipótesis de violencia bidireccional en la pareja: "*no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P. (...), sino sólo y exclusivamente –y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley– cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer". (...) Pues bien, todo lo expuesto avala la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el "animus" que impulsaba la acción (...)"* (STS 1177/2009, de 24 noviembre).

En todo caso también evolucionó la jurisprudencia del TS cuestionando la necesidad de constatar un elemento subjetivo y circunscribiendo la prueba única y exclusivamente al elemento contextual objetivo. [15] Así, se indica tanto en el ATS 31-07-2013 (n.º rec. 20663/2012) como en la STS 856/2014, de 26 diciembre: "*Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual* per se *y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobar*".

Realmente lo que late es la idea de que la pura literalidad de la redacción de los preceptos de violencia de género cuestionados sería inconstitucional si no fuera corregida por vía interpretativa. De ahí que considere el TS en la sentencia y auto arriba indicados que la STC 59/2008 "*desde luego, contiene alguna dosis de ambigüedad, criticada por alguno de sus numerosos votos particulares, por no haber extraído de manera explícita la conclusión que sí es sugerida. Pero en general se puede estar conforme en entender que a raíz de tal pronunciamiento no serán sancionables por la vía del art. 153.1º episodios desvinculados de esas pautas culturales de desigualdad que se quieren combatir (por buscar un ejemplo claro e indiscutible: agresión recíproca por motivos laborales de dos compañeros de trabajo que estuvieron casados mucho tiempo antes)"*. De modo que la ratio de la constitucionalidad del precepto, interpretado a la luz de su finalidad, implicaría introducir en el tipo lo que la letra de la ley no dice, pero sí la sentencia del TC, por lo que, según el TS (invocando un voto particular de aquella sentencia del TC): "*para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 del Código Penal no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo*

[15] Esta alternativa al elemento subjetivo para la interpretación, aplicación o explicación del fundamento de los tipos de violencia de género también se encuentra avalada por un sector de la doctrina; v, por ejemplo: LAURENZO COPELLO, «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger a las mujeres?», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 819 ss.; PÉREZ MANZANO, «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *RJUAM,* (34), 2016, p. 42; LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género,* 2ª ed., 2018, p. 133.

de los hechos constituya "manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres".

Al parecer pesaban más los votos particulares de las sentencias del TC que sus sentencias mayoritarias, aunque en éstas se señala más que clarísimamente que la previsión normativa de los tipos de violencia de género "*no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que (...) lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas*" (SsTC 59/2008, 45/2009, 151/2009, 165/2009, 179/2009 y 41/2010), y ello tanto si la violencia es unidireccional como bidireccional (STC 69/2008, de 24 de julio).[16]

Es el propio TS el que, a raíz de la sentencia 677/2018, corrige su propia jurisprudencia y la hace coincidir definitivamente con la del TC, y no con la de sus votos particulares.

Tras lo señalado en aquélla no solo no hay necesidad de probar el ánimo de dominación o machismo del autor, sino que tampoco es preciso apreciar en el supuesto concreto su conexión con los denostados cánones de asimetría o con las pautas socioculturales del patriarcado. El acto de maltrato o violencia da cuenta por sí solo de su gravedad al producirse en el contexto de la pareja. Coincidiendo con lo afirmado en su momento por la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la FGE, la STS 677/2018 reitera el entendimiento de que "*los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad* (...)", a lo que añade que la existencia de una riña en la pareja no permite degradar la tipicidad, ni puede suponer un beneficio penal. Es decir, no se puede degradar a delito leve por vía interpretativa aquello que el legislador de 2003 quiso excluir del ámbito de las faltas, pues de otro modo, si no se denuncian mutuamente quienes se han agredido entre sí, como se indica en la referida sentencia, "*no existiría procedimiento penal y no podrían sancionarse penalmente hechos para los que el legislador sí ha previsto específicamente una sanción por una tipicidad clara y concreta: para el hombre en estos casos el tipo descrito en el art. 153.1 CP, y para la mujer en el art. 153.2 CP*".

En suma, lo relevante a los efectos de afirmar el delito para el TS es el "*trasfondo sociológico del hecho*", el cual determinaría la "*objetividad del acto*". Por tanto y en este aspecto la mayor gravedad del hecho pudiera parecer que responde a una responsabilidad objetiva por el acto, pues se produce al margen de intenciones y de contextos objetivos relativos a la pareja en concreto.[17]

---

[16] En dicha sentencia se narraba el caso de sendas denuncias interpuestas por dos esposos que, en el curso de una discusión en el domicilio familiar, se agredieron mutuamente, lanzando la acusada un cenicero de cristal a su esposo, que le causó una herida en el antebrazo izquierdo, y empujando el acusado a su esposa contra el sofá, agarrándola del brazo y tirándole del pelo, lo que le provocó una tumefacción y cervicalgia mecánica.

[17] Vid. ACALE SÁNCHEZ, «La perspectiva de género en el Derecho Penal Español», en FARALDO CABANA (dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional*, 2010, p. 26, la cual había mantenido ya hace tiempo que se trataba de "un supuesto de responsabilidad puramente objetiva", afirmando posteriormente que ello se había producido en un contexto de desconfianza del legislador hacia la labor judicial, a la que ha pretendido limitar al máximo mediante la incorporación de presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad, de modo que la constatación del peligro es automática; vid. ACALE SÁNCHEZ, «La interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género», *Jueces para la Democracia*, (92), 2018, pp. 26 s.

Si se considera que aquélla constituye una responsabilidad de carácter objetivo y absoluto, sin excepción ni prueba en contrario, se está dando la impresión de que se parte de presunciones legales irrebatibles sobre la correspondencia del hecho concreto con una pauta cultural o un modelo agresivo masculino. De algún modo la STS 677/2018 trata de esquivar la objeción afirmando que "*no existe una presunción de dominación* iuris et de iure, *pero ello no es un elemento del tipo penal del art. 153*", y esto se enlaza con el reconocimiento de una excepción, al margen de la agresión mutua, que residiría en que el acusado pudiera probar que en la comisión del hecho no concurre elemento intencional alguno constitutivo de violencia de género (invocando la STC de 22 de julio de 2010)[18] o que el acto de dominación no existe. Pero añade que ello no se puede desvirtuar por la circunstancia de una agresión recíproca. Por tanto, estos casos quedan fuera de la excepción posible.

¿Significa esto que todavía existirían supuestos excepcionales al margen de la violencia de género, que no fueran los de violencias mutuas? ¿Se vuelve de este modo a la casilla de salida o es mera retórica? Pues se decía que no hay que probar voluntades o intenciones, ni tampoco contextos objetivos de dominación, pero se termina admitiendo que el acto de dominación puede no existir y que queda a cargo del acusado acreditarlo para excluir el delito.

Es decir, si se puede probar que no concurre un elemento intencional o un elemento relativo a la dominación y esta prueba daría lugar a la exclusión del acto de maltrato del 153.1, entonces, y como dice el voto particular de la STS 677/2018, se estaría admitiendo implícitamente que el elemento (intencional o el) de dominación es un elemento típico necesario presumido legalmente, frente al que cabe prueba en contrario.[19] De otro modo no se entiende racionalmente qué elemento del delito se excluye con dicha prueba a cargo del acusado.

Si en las agresiones mutuas en pie de igualdad y con idénticos resultados no se puede entender excluido un acto de dominación –al contrario, debe afirmarse contrafácticamente que reproduce una pauta de dominación machista–, hay que preguntarse cuándo o bajo qué circunstancias se puede considerar ausente el acto de dominación, constituyendo una excepción a la aplicación del art. 153.1 CP.

Cabe destacar que esa supuesta excepción no sería posible alegarla en casos de amenazas y agresiones, sino únicamente –dice la STS 677/2018– en "*supuestos muy concretos, como el conflicto producido entre ex parejas de hace tiempo, o hechos de coaccionar por motivos económicos motivado por la ruptura de la pareja, etc.*". Podemos pensar, por ejemplo, en algún caso de *vis in rebus* propia de las coacciones, como cambiar una cerradura con motivo de la ruptura de la pareja y de la convivencia del domicilio propio y exclusivo (incluso careciendo de motivación

[18] Dicha sentencia es citada por el TS sin que la misma (STC 41/2010) realmente señale el aspecto destacado en el texto que el TS le atribuye, sino que constituye la lectura o interpretación que hace el ponente de la STS 677/2018 de aquella sentencia. Esta cita trae su origen en la SAP de Alicante (sec. 1) 782/2010, de 29 de noviembre, de la que fue ponente también Vicente Magro Servet y después de ella otras tantas de la misma Audiencia y ponente que reproducen la cita a dicha STC (SsAP de Alicante, sec. 1, 231/2011, 256/2011, 564/2011, 143/2012, 518/2012, 819/2012, 264/2013, 387/2013, 645/2013, 20/2014, 664/2014, 665/2014, 104/2016, 193/2016 y 390/2016). También se recoge literalmente en el documento accesible desde la web del Poder Judicial, titulado «La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género», del mismo autor (vid. también en *La ley penal*, n.º 104, 2013, p. 11).

[19] La cual, si se articula, daría lugar de acuerdo con este voto particular a la aplicación a ambos sujetos (hombre y mujer) del delito del art. 153.2 CP, y no al delito leve correspondiente del art. 147.2 ó 3, como hasta entonces venía entendiéndose por la jurisprudencia que inapreciaba el art. 153 en hipótesis de violencia bidireccional.

económica), pero no cabe imaginar otros supuestos de vis física o moral en los que pudiera tomarse en consideración el hecho como uno ajeno a la violencia de género (en particular si se recurre a la violencia o a la amenaza de violencia), pues, como señala la STS 807/2010, de 30 de septiembre, "*es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada*". Y en la misma STS 677/2018 se indica que "*el empleo de la violencia y la relación de convivencia colman las exigencias del tipo, con independencia de la motivación que anima al autor*" o, si hablamos en términos objetivos, de la existencia de un contexto objetivo de desequilibrio o de dominación que tampoco sería necesario probar. Por ello no parece tan claro e indiscutible el ejemplo con que ilustraba en esos términos la STS 856/2014, de 26 diciembre, la inaplicabilidad del art. 153, esto es, *agresión recíproca por motivos laborales de dos compañeros de trabajo que estuvieron casados mucho tiempo antes*, en tanto concurra una agresión, es decir, un acto propio de violencia.

En mi opinión, si se parte de que la gravedad de un acto de maltrato masculino es siempre objetivamente superior que la que corresponde al acto que se produce fuera del ámbito relacional de la pareja, carece de sentido permitir excepción alguna y menos una basada en la ausencia de un determinado elemento subjetivo del autor, aunque tampoco la derivada de un contexto objetivo de dominación en el caso concreto, puesto que la mayor gravedad del comportamiento no se deduce de consideraciones personales de los individuos en conflicto, sino de un trasfondo colectivo o sociológico que va más allá. Es decir que, por encima de los bienes jurídicos individuales, se alzan otros de naturaleza colectiva que influyen en la consideración de los hechos y del delito como una manifestación de la violencia de género.[20]

Sin embargo, el mensaje que se deriva de esta concepción colectivizada de las violencias de género,[21] no favorece una función pedagógica de los preceptos legales si realmente resulta

[20] Vid. ACALE SÁNCHEZ, en FARALDO CABANA (dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional*, 2010, pp. 25 ss., y LA MISMA, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, pp. 418 s., quien apunta a un bien jurídico colectivo, delimitado en el contexto social e histórico de la violencia que sufren las mujeres en las relaciones de pareja, consistente en "*la pertenencia de la víctima al género femenino históricamente subyugado por el género masculino*"; aunque de ese modo, para la citada autora, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad puramente objetiva construido sobre la base de presunciones (que afectan tanto a hombres como a mujeres) y que no es admisible desde el punto de vista del principio de ofensividad. En sentido diverso, ALONSO ÁLAMO, «Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género», *Cuadernos de Política Criminal,* (95), 2008, pp. 44 ss., al considerar que el bien jurídico adicionalmente vulnerado sería otro bien jurídico individual, que la citada autora identifica con "*la igualdad*" y que implicaría un mayor desvalor del resultado. Sin embargo, resulta paradójico y difícil de asimilar que el establecimiento y mantenimiento de una desigualdad penal –particularmente si su apreciación es meramente automática y ajena a las circunstancias del caso concreto– sirva y sea útil realmente para proteger la igualdad.

[21] Apoyada igualmente en la perseguibilidad de oficio de los delitos de violencia de género leve y ocasional, en la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento y de las penas de prohibición de aproximarse a la víctima, en la irrelevancia de su consentimiento para valorar el quebrantamiento de condena, así como en la prohibición de la mediación, circunstancias todas ellas que redundan de la privación de la propia autonomía de las mujeres, como señalan AÑÓN ROIG, «Violencia de género: un concepto jurídico intricado» en MARTÍNEZ GARCÍA (dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense,* Aranzadi, 2012, p. 44; VILLACAMPA ESTIARTE, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica,* 2018, pp. 222 s.; LAURENZO COPELLO, *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 800 ss. (destaca esta autora que el modelo tutelar frecuentemente se vuelve contra las propias mujeres); y SANZ MULAS, *RP*, (43), 2019, pp. 142 ss. (quien considera, además, que se ha interpretado erróneamente la posición feminista que exigía la intervención penal en este asunto, pues "no

irrelevante que el agresor sea machista o no, o que abuse de una posición de dominio sobre su pareja femenina o no. Solo cabe reconocerles entonces una función represiva contra los hombres que ejercen violencias leves si se ignora de modo absoluto el contexto en el que se producen. Asimismo, se puede acabar produciendo una lectura inconstitucional del precepto, aquella que precisamente trataba de soslayar el TC, por quedar basada la asimetría penológica exclusivamente en diferencias biológicas y no culturales: la agravación de la pena se aplica porque el sujeto activo es un hombre, no porque sea un hombre que conscientemente inserta su conducta en una pauta de dominación o de discriminación hacia las mujeres (lo cual se presume o no es objeto de prueba). En definitiva, al ignorar que existen diversas clases de violencia[22] y tratarlas de modo monolítico y apriorístico, se acaba presuponiendo que todos los hombres que recurren al empleo de la violencia leve y ocasional comulgan con un desprecio absoluto hacia las mujeres, ya que en todo caso se les va a poder imponer una pena superior.[23]

El único medio para atemperar las graves consecuencias de un Derecho penal de máximos en este ámbito es a través de los tipos privilegiados y de las causas de justificación.

Se resalta en la STS 677/2018 la posibilidad de aplicar el tipo atenuado facultativo del art. 153.4 en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho[24/25] (que no deja de ser un tipo de violencia de género, aunque privilegiado), así como también la posibilidad de valorar supuestos de legítima defensa completa o incompleta. Es decir, puede apreciarse, por ejemplo, la legítima defensa del hombre frente a una agresión de su mujer. Pero ¿puede justificarse en algún caso la violencia de género? Esto es lo que habría que afirmar cuando concurre el tipo del art. 153.1 y a la par la legítima defensa del art. 20.4.º. En frase lapidaria contenida en la STS 217/2019, de 25 de abril (el hecho de propinar dos bofetones a su mujer en estado de embriaguez para reanimarla constituye una conducta desproporcionada y violenta), se advierte en sentido opuesto: "*No hay causa de justificación ante el maltrato*", parangonando el eslogan de que no hay justificación ante el maltrato. Sin embargo, también esa afirmación es retórica, pues momentos antes, partiendo de que el empleo de la fuerza o la

---

necesariamente equivale a apoyar que se fuerce a la mujer a una solución exclusivamente penal" y que "la violencia contra las mujeres se ha judicializado de manera muy intensa, pero eso, desgraciadamente, no se ha traducido en una disminución").

[22] LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género,* 2018, pp. 44 s.; PÉREZ MANZANO, *RJUAM,* (34), 2016, p. 41; RUEDA MARTÍN, «Cometer el delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o razones de género como circunstancia agravante genérica», *RECPC*, (21-4), 2019, p. 18; TAMARIT SUMALLA, *El cronista del Estado Democrático y Social de Derecho*, (77), 2018, p. 23 (considerando incluso que es prevalente la bidireccional).

[23] Vid. críticamente con dicha presunción ACALE SÁNCHEZ, *REDUR*, (7), 2009, p. 71; LA MISMA, en FARALDO CABANA (dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional*, 2010, p. 30. Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «Desigualdades penales y violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* (13), 2009, pp. 74 s., no parece muy plausible que el agresor en la mayor parte o en todos los casos (aunque en alguno pueda ser así) vea su acto y le dé el significado de un desprecio a la dignidad del colectivo femenino o que vengan dominados por una motivación genuinamente sexista.

[24] También LARRAURI PIJOAN, *InDret*, (1), 2009, p. 14 (según esta autora, los motivos por los cuales una agresión del hombre a su pareja femenina es generalmente más grave pueden no estar presentes, estando el juez autorizado en tal caso a "desviarse" de la norma precisamente en la fase de individualización de la pena).

[25] Sin que la STS 677/2018 explique por qué no toma en consideración el tipo privilegiado para el caso concreto, como sí se hace en otras sentencias posteriores que han tenido que resolver sobre violencias bidireccionales: SAP de Murcia (sec. 3) 99/2019, de 12 de marzo; SAP de Pontevedra (sec. 4), 105/2019, de 20 de mayo.

violencia constituye en toda clase de escenario y sin excepción violencia de género, había admitido que "*el empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación, salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión*" (en el supuesto enjuiciado no concurría por entenderse desproporcionados los dos bofetones a la mujer y existir medios alternativos menos perjudiciales).

Pues bien, de acuerdo con la tesis objetivista del TS, previo a comprobar los requisitos de la causa de justificación de legítima defensa, habría que afirmar que concurre el tipo del art. 153.1 y que, por tanto, estamos ante un hecho constitutivo de violencia de género. Sin embargo, la subsunción en el tipo de violencia de género, por estimar que reproduce una pauta de dominación masculina y que es más grave *per se*, entra en abierta contradicción con el hecho de que el acto de violencia no sea agresivo, sino meramente defensivo. Una primera consecuencia de aquella subsunción típica afectaría en el ámbito de la causa de justificación a la necesidad racional del medio empleado interpretado en términos de proporcionalidad (frente al acto de maltrato de la mujer no estaría justificado un acto defensivo de la misma naturaleza o entidad, pues idéntico comportamiento externo recibe en la ley un tratamiento penológico diferenciado según lo realice la pareja masculina o la femenina). Lo coherente sería estimar que el hecho no responde a una manifestación de la violencia de género, sino a algo distinto cuya tipicidad reside en este caso en los tipos comunes. Solo si la eximente de legítima defensa fuera incompleta (por existir provocación suficiente por parte del hombre o por no ser racionalmente necesario el medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima), podría afirmarse que el hecho violento, aunque defensivo en su intención, responde a una pauta sociocultural machista o de género (al haber provocado la agresión de la mujer o al haberse excedido en la reacción defensiva, demostrando de ese modo el abuso de una posición de dominio).

Aunque es muy difícil encontrar un ejemplo práctico de lo acabado de exponer, es decir, de la posible concurrencia de una causa de justificación con relación a sucesos mínimamente violentos en el ámbito relacional de la pareja, un supuesto, al menos análogo, lo encontramos en la SAP de Cantabria (sec. 3) 121/2013, de 25 de marzo. Un sujeto había sido condenado por el delito del art. 153.1 por el hecho de empujar para que se marchara a la mujer que acudió a su domicilio con el propósito de reanudar la relación y que se negó a abandonarlo cogiendo unas tijeras. Aunque pudo y debió haber estimado un estado de necesidad como causa de justificación en defensa de la morada (de acuerdo con el art. 20.4.º, primero, solo cabe la legítima defensa para impedir la entrada indebida en la morada, pero no la permanencia contra la voluntad del morador), el tribunal de apelación apreció la inexistencia de la tipicidad del comportamiento: "*Tal descripción de hechos no constituye un delito de violencia de género en su modalidad de maltrato, puesto que la razón de que la empujara no fue agredirla, sino hacerla salir de su casa, que es cosa bien distinta*", no existiendo, además, otras pruebas de cargo sobre lesiones igualmente denunciadas.[26]

[26] Describe un caso muy similar PÉREZ MANZANO, *RJUAM*, (34), 2016, p. 41, n. 39, que cita la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Getafe (Madrid) 422/2013, de 30 de diciembre de 2013 con el siguiente supuesto de hecho: "A, varón, se encuentra a su ex pareja B, mujer, en su cama, después de que ésta haya entrado sin permiso en casa de A por una ventana. Como B se niega a abandonar la casa, A recoge sus cosas y las pone en el rellano de la escalera, momento en el que es atacado por B. En esta situación, A reacciona sujetando a B de los brazos y empujándola, lo que provoca la caída de B al suelo. Se da la circunstancia de que hacía poco que A había puesto fin a la relación y B se negaba a que la relación

La cuestión, por tanto, es si se puede considerar aceptable un Derecho Penal objetivista en los delitos de violencia de género. Y la respuesta es que no, porque se incurren en incoherencias dogmáticas insalvables y se lleva innecesariamente hasta límites peligrosos algunos de los principios básicos del Derecho (igualdad), del Derecho Penal (culpabilidad) y Derecho Procesal-Penal (presunción de inocencia). Y no es que no se pueda recurrir al Derecho Penal para luchar contra la violencia de género, lo que no debería en ningún caso es hacerse desde puntos de partida maximalistas dirigidos a presentar la diversidad del comportamiento humano de un modo estandarizado, con arreglo a roles o patrones preestablecidos normativamente[27] (y que se acaban perpetuando pese a que se quieren erradicar), pues ello se traduce en un Derecho Penal poco atento a lo injusto personal y a la culpabilidad individual (al resultar prácticamente irrelevante investigar las circunstancias del caso concreto para calificar una conducta como violencia de género) y, por tanto, en algo que puede no ser ni justo ni riguroso.

En cuanto a lo injusto personal, aun cuando lo que importa desde ese punto de vista (desvalor de la acción y desvalor del resultado) es la objetividad del acto y su aspecto sociológico, es evidente que el sujeto activo al menos tendrá que tener conciencia de que su comportamiento no es ajeno por completo al significado objetivamente más grave que las leyes le atribuyen en cuanto reproduce una pauta de dominación machista (ello con independencia de que en el caso concreto exista dominación y/o motivación machista).[28] De otro modo la mayor gravedad de lo injusto residiría exclusivamente en el desvalor del resultado objetivo basado en el significado sociológico de un comportamiento, sin pasar por el desvalor de la acción. Pues bien, ¿por qué esta conciencia acompañante no puede ser descartada en algún caso? Desde luego el automatismo lo impide.

Del mismo modo, en la culpabilidad individual por la conducta antijurídica al sujeto se le reprocha haber actuado pese a tener conciencia de la mayor gravedad de su comportamiento (al cometerse en ámbito de la pareja y contra una mujer). Si además fue reprochable su motivación sexista, ello tendría que servir de motivo para fundamentar la agravación de su conducta. Pero si se resuelve el problema imputando en lo injusto al sujeto un mayor desvalor del resultado puramente objetivo, sin que esté necesariamente abarcado por el desvalor de la acción (dolo en el sentido al menos de conciencia irreflexiva o acompañante), ¿cómo se le puede reprochar al sujeto un *plus* de injusto objetivo ajeno a su conciencia sin vulnerar el principio de culpabilidad?

---

concluyera". Dicho supuesto lo considera la citada autora un ejemplo de violencia leve ocasional que no obedece a un patrón de violencia de género.

[27] Estereotipos legalizados en los que no cabe la corrección judicial negativa, a pesar de que la mayoría de las agresiones ocasionales realizadas sobre las mujeres no obedece a razones de género basadas en la desigualdad, la discriminación y las relaciones de poder, como destaca SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, 2019, p. 54.

[28] De ello parece partir el TC cuando indica que en absoluto se está sancionando al sujeto activo por lo que es, o por ser varón, sino "*por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción*" (STC 59/2008, F. 11). Pero, como dice MOLINA FERNÁNDEZ, (*Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (13), 2009, p. 75), si bien el planteamiento teórico es correcto, mucho más problemática es la cuestión fáctica si de esa circunstancia se da efectivamente en la violencia en la pareja: que la mujer se vea a sí misma al ser agredida como parte del colectivo de las mujeres y el hombre a sí mismo como parte del colectivo de los hombres, y ambos representando los roles arcaicos atribuidos a cada sexo por la cultura dominante del varón.

El hecho de admitir la existencia de excepciones en el art. 153.1 y derivarlas al art. 153.2 ó 4 (tipo básico y tipo privilegiado respectivamente) para ciertos casos de violencias sin lesión bidireccionales, no representa un paso atrás, sino que constituye una adecuación de los tipos de violencia de género al fenómeno que se quiere combatir. En cambio, con el automatismo y la renuncia a la excepción se pueden acabar imponiendo penas más graves que las que corresponderían al caso concreto, sin conexión con lo injusto ni con la culpabilidad, y solo en atención a consideraciones preventivo-generales, dando lugar a que el tipo del art. 153.1 pueda incurrir, como pone de manifiesto MOLINA FERNÁNDEZ, en una sobreinclusión contraria al principio de proporcionalidad.[29] Dicho con otras palabras de ACALE SÁNCHEZ, "debe entenderse que la labor judicial de aplicación de la norma al caso concreto no es meramente matemática" y que "la necesidad de «probar» los hechos con sus respectivos elementos objetivos y subjetivos no debe ser temida: no es más que el fruto del Estado de Derecho diseñado por nuestra Constitución que consagra la presunción de inocencia como un derecho fundamental del ciudadano y la necesidad de desvirtuarla".[30]

Por otro lado y como se ha destacado en la doctrina,[31] los tipos que comprenden violencias fugaces u ocasiones no son los que mejor sirven para captar el problema de fondo que en la mayor parte de los casos subyace o puede subyacer, esto es, que tales conductas no son tan aisladas como se presentan, en detrimento del tipo de lo injusto que tal vez mejor se adapta a las circunstancias cuya prueba en el caso concreto se demanda, esto es, la existencia de una situación de dominación o de desequilibrio estructural, y que no es otro que el delito de violencia habitual del art. 173.2 CP.[32] Hasta el punto que, según señala SANZ MULAS, el apremio por castigar los actos leves de maltrato desalienta muchas veces a los tribunales a investigar las situaciones graves de violencia.[33] Ello, además, cuando en realidad el fenómeno criminal que se trató de combatir por la LO 1/2004 con el establecimiento de tipos de violencia relacional, producidos de forma puntual, leve y ocasional, no era otro que intervenir sobre una clase de

---

[29] MOLINA FERNÁNDEZ, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (13), 2009, pp. 65, 79 ss., 85. Considera este autor que presuponer que no caben agresiones en la pareja sin el contexto que justifica la agravación es tan inverosímil como afirmar que no es posible que un heterosexual agreda a un homosexual sin tintes homófobos o un blanco agreda a un negro sin que la acción esté necesariamente impregnada de tintes racistas. Vid. también RUIZ MIGUEL, *Jueces para la Democracia,* (55), 2006, pp. 43 s., quien, redundando en que es insuficiente para sancionar más gravemente a un determinado colectivo atender exclusivamente a razones preventivas, añade que "por raros que puedan resultar, no resultan impensables casos de agresiones leves a la mujer por su pareja claramente ajenos a la violencia de género". A su modo de ver, "esta posibilidad obliga a entender que la presunción establecida por la Ley Integral ha de considerarse derrotable o excepcionable o, por decirlo en el lenguaje más familiar a los juristas, debe tomarse como una presunción *iuris tantum*, porque de no hacerlo así se resentiría el principio de culpabilidad penal por castigar a quien realiza una conducta ajena a los motivos de agravación de la pena".

[30] ACALE SÁNCHEZ, *Jueces para la Democracia*, (92), 2018, p. 28 y LA MISMA, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, p. 438.

[31] LAURENZO COPELLO, *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, p. 821.

[32] En la *Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015*, disponible en internet, se pone de manifiesto que solo el 12,6 % de las mujeres que ha sufrido violencia física de alguna pareja o expareja a lo largo de su vida afirmó que se trató de un hecho aislado, mientras que un 85,2 % manifestó haber sido víctima de agresiones físicas en más de una ocasión (p. 30); en el caso de violencia sexual las cifras respectivas son 3,5 % y 94 %.

[33] SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, 2019, p. 59, quien destaca que el 70% de los casos que llegan a los tribunales se califican como violencia leve, y solo el 10% se instruye como violencia habitual. También LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, 2018, pp. 108 s.

violencia que se reitera en el tiempo y que tiende a ir aumentando la intensidad,[34] finalidad que debería haber conducido a diferenciar entre los casos leves, puntuales y aislados, ajenos a un contexto de dominación, discriminación y poder en la pareja, de aquellos otros en los que el supuesto puntual y aparentemente aislado no es tan leve, porque se enmarca en un contexto, clima o ambiente en la relación –lo que supone cierta perduración o prolongación en el tiempo– de abuso de una posición de poder. Por otra parte, la figura delictiva de violencia doméstica habitual sorprendentemente no se configura como un tipo de violencia de género, sino de violencia doméstica, por lo que debería poder apreciarse la agravante de género en aquellas hipótesis en las que concurra, además, la motivación machista del autor.[35] Sin embargo, no parece que sea éste el campo que se le atribuye a dicha agravante por parte de un sector muy reciente de la jurisprudencia, y menos aún que la motivación del autor sea un elemento de dicha circunstancia cuando el autor del delito tiene o ha tenido una relación de pareja con la víctima, como veremos en el próximo epígrafe.

3. La irrupción de la agravante de género

La circunstancia agravante del n.º 4 del art. 22, de "*cometer del delito … por razones de género*", que fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo,[36] habilita un nuevo procedimiento para combatir la violencia de género no solo en la pareja, sino también fuera de ella. Por un lado, los tipos de violencia de género de la LO 1/2004 se limitan a unas figuras delictivas muy concretas y aunque dicha ley proclama en su art. 1.3 que la violencia de género a que se refiere comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, en realidad quedaron al margen de toda referencia al género la mayor parte de las figuras delictivas contenidas en el CP, entre ellas los delitos contra la vida, la libertad sexual, la libertad ambulatoria, la integridad moral, la intimidad o, incluso, no tan personalísimos como el patrimonio. Sin embargo, una vez incluida entre las circunstancias agravantes las razones de género, sería posible abarcar completamente el conjunto de delitos que un hombre es capaz de cometer contra su pareja femenina por motivos discriminatorios en razón de su género, al margen de aquellos en los que tal relación constituye un elemento esencial del delito[37] (y del que podría haberse prescindido en la reforma para mantener la unidad del sistema).[38] Por otro lado, dado que la agravante no limita los sujetos activo y pasivo al hombre o a la mujer, y menos aún a que sean o hayan sido

[34] Vid. al respecto ACALE SÁNCHEZ, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, p. 409.

[35] Vid. en este sentido SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, «Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género», *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 2019, p. 344; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco», *RP,* (44), 2019, p. 211.

[36] Antecedentes de esta circunstancia figuraban en el CP desde la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que incorpora el delito de lesa humanidad definido como el ataque o persecución sistemático o generalizado de un grupo por motivos, entre otros muchos, de género, tomando como modelo el delito recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: art. 7.1.h). Al respecto, CARRERAS PRESENCIO, *Concepto jurídico de violencia de género*, 2019, pp. 105 ss.

[37] Desde la reforma del CP de 2015 se ha eliminado del mismo toda referencia a los "delitos de violencia de género", que se empleaba en sede de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, y se ha sustituido por la de "delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia", de manera que no puedan surgir dudas hermenéuticas sobre el alcance de aquella referencia, que es más amplia que la que se deriva de la LO 1/2004; vid. ALASTUEY DOBÓN/ESCUCHURI AISA, *RDP,* (23), 2015, p. 40.

[38] Vid. a este respecto BOLEA BARDÓN, «En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género», *RECPC*, (9-2), 2007, pp. 23 s., n. 43.

pareja, su tenor literal permite en principio que pueda apreciarse también cuando entre el sujeto activo y pasivo no media relación alguna, ni de pareja ni de ninguna otra clase, pero el delito se ha cometido por razones de género.

Explica el legislador en el Preámbulo de dicha ley que "el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «*los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo". Y, en efecto, aunque inicialmente esta nueva agravante se solapa en parte con la de discriminación por razón del sexo, que literalmente hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres (STS 420/2018, de 25 de septiembre), y de la que tan escaso uso se ha realizado a pesar de figurar en el CP desde 1995,[39] aquélla, por sus connotaciones culturales sobre los roles socialmente atribuidos a hombres y mujeres, tiene un contenido propio específico que va más allá de una característica biológica, y desde un punto de vista práctico mucha mayor aplicabilidad que la de sexo, cuyo campo de actuación queda aún más constreñido, convirtiéndose, si ya no lo era, en una circunstancia marcadamente simbólica y residual.[40] Será muy difícil hallar un supuesto de la práctica en el que la discriminación por razón de sexo se encuentre a su vez desprovista de contenidos o referencias al género.

En primer lugar, conviene aclarar que el Convenio de Estambul no prevé ni exige de modo explícito o implícito el establecimiento de una agravación basada en el género, como sugiere la jurisprudencia más reciente siguiendo la STS 565/2018, de 19 de noviembre. En aquél la agravante de género no se menciona y la mayor parte de las agravantes que contempla en su art. 46 (para que puedan ser tomadas en consideración en el momento de la determinación de las penas, y siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito) no guardan relación ni directa ni indirecta con la agravante por razones de género.[41] La única que se

[39] Apenas se encuentran resoluciones que la refieran [vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *RECPC*, 20-27, 2018, pp. 9 ss., alude a dos ocasiones en que ha sido alegada en causas seguidas por asesinato ante Audiencias Provinciales, para posteriormente ser rechazada]. Por nuestra parte, solo hemos podido hallar un único supuesto en el que se aplica la agravante de sexo en un caso de robo con violencia y falta de lesiones (SJP de Barcelona n.º 9 287/2015, de 10 de junio).

[40] Así JERICÓ OJER, «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?,* Bosch Editor, 2019, pp. 318 s. Para REBOLLO VARGAS, «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código Penal)», *RGDP*, (23), 2015, p. 15, no es comprensible que se siga manteniendo.

[41] Las restantes circunstancias incluidas en dicho precepto son las siguientes:
a) (…) por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que abuse de su autoridad;
b) que el delito, o los delitos conexos, se haya cometido de forma reiterada;
c) que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;
d) que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;
e) que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;
f) que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;
g) que el delito se haya cometido mediante la utilización o la amenaza de un arma;
h) que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima:
i) que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza.

asemeja es la circunstancia agravante del primer inciso de la letra a) "*que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno (...)*". Sin embargo, este ámbito relacional, de por sí más grave (pues implica generalmente relaciones de parentesco) y en razón de ello agravado, tan solo comprende una de las posibles manifestaciones de la "violencia contra las mujeres por razones de género", concepto mucho más amplio que define la violencia contra las mujeres por razones de género como "*toda violencia contra la mujer porque es mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*", conforme al art. 3.d) del Convenio. Sin embargo, no se anuda a ella una consecuencia penal específica en forma de agravante o de elemento constitutivo del tipo de delito alguno. Por el contrario, a partir de esta definición, como señala SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, el convenio enumera una serie de conductas que deben ser en todo caso previstas como delito en los CCPP de los Estados signatarios, en cuanto se trata de conductas que se pueden cometer contra la mujer por ser mujer o que les afecta a las mujeres de manera desproporcionada, de modo que no tiene sentido imponer, además del delito correspondiente, una agravante de género[42] o, al menos, no automáticamente. Es más, el art. 43 proclama que "*los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito*". De ello puede deducirse que ni los tipos constituidos sobre el género de la víctima ni la agravante basada en el género femenino de la víctima sean exigencias derivadas del aludido convenio, sino que la decisión de tipificar de manera agravada o, de otro modo, agravar la pena del delito mediante una circunstancia queda a la discreción del Derecho interno de los Estados,[43] cuyas prescripciones deberán ser interpretadas en todo caso a la luz de las definiciones del convenio. Tanto es así que, entre las reservas que contempla dicho instrumento normativo internacional, se encuentra el derecho de los Estados a prever sanciones no penales con respecto a la violencia psicológica y al acoso (art. 78.3), además de no imponer la persecución de oficio de los delitos de violencia contra la mujer (art. 55).[44] ¿Cómo iba a prever el convenio una agravante común o general de género si algunas conductas que forman parte del elenco de manifestaciones de la violencia contra la mujer que en él se contemplan pueden no ser ni siquiera consideradas delito por parte de algún Estado?

Ciertamente esta clase de cualificaciones penales mediante elementos típicos o circunstancias agravantes basados en el género tendrían un apoyo genérico en otras iniciativas internacionales previas, aunque ninguna promueve la discriminación penológica por géneros. Así, la recomendación n.º 19 del Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 29 de enero de 1992, alude a que los Estados adoptarán todas las medidas jurídicas y de otra índole necesarias para prestar protección eficaz a las mujeres contra la violencia dirigida a ellas (comprensiva de la violencia y los malos tratos en la familia, el ataque sexual y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo), "*incluidas entre otras las sanciones penales*". Sin embargo, la forma de articular dichas sanciones, y si en todo

[42] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RP,* (44), 2019, pp. 200 s.

[43] El Informe explicativo del Convenio de Estambul se expresa en este sentido: "Los redactores acordaron que, en principio, todas las disposiciones de Derecho penal de la Convención deberían ser presentadas de manera neutral respecto al género; el sexo de la víctima o el perpetrador no debe, por lo tanto, en principio, ser un elemento constitutivo del delito. Sin embargo, esto no debería impedir a las Partes la introducción de disposiciones específicas de género". Vid. «Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence», *Council of EuropeTreaty Series*, n.º 210, 2011, p. 23 (n.º 153).

[44] Como destaca VILLACAMPA ESTIARTE, «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», *RECPC*, (20-4), 2018, p. 11.

caso pueden o deben representar un *plus* en la sanción exclusivamente cuando la víctima es una mujer y el autor un varón, no se explicita en ninguna norma internacional.

Pues bien, salvo España, los Estados nacionales de nuestro entorno no han dado el paso que en su momento representó en nuestro país la tipificación de figuras específicas de violencia de género en la pareja en 2004. A lo sumo han preferido recurrir al ámbito de las circunstancias agravantes como elementos que cualifican la conducta y la sanción penal, pero sin fijar un sexo o un género específico de la víctima en aquellos delitos cuyo sujeto activo y pasivo puede ser cualquiera[45] (al margen pues de figuras delictivas marcadas por el género de la víctima como la mutilación genital femenina, y del que puede ser autor tanto el hombre como la mujer).

En nuestra particular tradición jurídica, que reconoce desde 2004 la existencia de delitos en los que la relación de género es consustancial al delito mismo, en principio no tendría que resultar incoherente la inserción de una agravante genérica o común de género que sea aplicable a la generalidad de los delitos contra las personas. Si se puede lo más (que el género aparezca como elemento constitutivo del tipo), se puede lo menos (que el género constituya elemento accidental del delito). Con ello, además, se estaría logrando traspasar el estrecho marco de la violencia en la pareja en el que quedó recluido inicialmente el concepto de género en nuestra legislación para extenderlo a la violencia contra la mujer en cualquier ámbito de la comunidad y en cualquier figura delictiva en la que proceda apreciar el carácter discriminatorio del comportamiento (cuando concurran los requisitos de la circunstancia y esté excluida cualquier relación de inherencia con el delito).

Ahora bien, por un lado, esta circunstancia genera dificultades de delimitación con otras agravantes comunes del delito y con los propios tipos cualificados, siendo necesario realizar juicios de inherencia de la circunstancia con los delitos en los que se plantea su aplicación o de compatibilidad con otras circunstancias agravantes, lo que pone en evidencia que el CP adolece de numerosos defectos técnicos al haberse legislado en los últimos años de un modo asistemático y sin visión de conjunto.[46] Posiblemente, habría sido preferible desde este punto de vista optar por uno u otro modelo, pero no mezclarlos:[47] o bien que el género constituya un

[45] Por ejemplo, el CP francés, que desde 2010 contiene en el art. 132-80 una agravante cuando los actos se cometen en el ámbito de la pareja o expareja (aplicable a ambos sexos), establece también desde la Ley de 27 de enero de 2017 una nueva agravante en el art. 132-77 del CP cuando el delito sea precedido, acompañado o seguido de palabras, escritos, imágenes, objetos o actos de cualquier tipo que perjudiquen el honor o la consideración de la víctima o de un grupo de personas de las cuales la víctima sea miembro, debido a su sexo, orientación sexual o *identidad de género, verdadera o supuesta*, o se establezca que los actos fueron cometidos contra la víctima por una de estas razones. Dicha elección, que prescinde de que el sujeto pasivo sea necesariamente mujer, se considera, no obstante, insuficiente en atención a la naturaleza específica de la violencia contra las mujeres; vid. LERAY/MONSALVE, «Un crime de féminicide en France? A propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté», *Revue du Centre de recherches et d´études sur les droits fondamentaux*, Actualités Droits-Libertés, fev. 2017. Por su parte, en el Código penal italiano, la Ley de 15 octubre de 2013, n.º 119, introdujo sendas agravantes en los delitos de violencia sexual y de acoso en relaciones de pareja, y, más recientemente, mediante la Ley de 19 de julio de 2019, n.º 69, en materia de tutela de la víctima de violencia de doméstica y de género, se incorpora una agravación equivalente en los delitos de difusión ilícita de imágenes o videos sexualmente explícitos, pero no prevé una agravante común de género. Tampoco en el Código penal alemán se menciona el género de la víctima como elemento agravante o cualificado. El legislador alemán se ha limitado a reformar en 2016 los delitos sexuales desde una perspectiva de género, pero ni siquiera existe en Alemania una definición legal para la violencia doméstica.

[46] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RP,* (44), 2019, pp. 208 ss.

[47] Vid. en este sentido ACALE SÁNCHEZ, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, pp. 419 y 438, quien se cuestiona

elemento típico específico de todos aquellos delitos que pueden ser manifestación de la violencia contra la mujer por razones de género, o bien que el género se presente en todos ellos como simple circunstancia agravante. Por otro lado, esa inicial coherencia, basada en la complementariedad de la agravante de género con los tipos de violencia de género y en la identidad de un fundamento común, enseguida se pone en cuestión, porque el carácter de género de los tipos se aprecia por la jurisprudencia de manera puramente objetiva y mecánica, mientras que la circunstancia agravante posee naturaleza subjetiva, pues se basa en la motivación, y ésta debe probarse en el caso concreto. Es decir, los mecanismos para aplicarlas resultan completamente antagónicos, desbaratando cualquier juicio de inherencia entre la circunstancia de género y el tipo de violencia de género correspondiente. Asimismo, saltan a la vista lo que aparentemente son discordancias penológicas derivadas de mantener un doble criterio con el género (que se emplea como elemento del tipo y como circunstancia agravante según los casos), tales como que el efecto agravante de una sola circunstancia pueda ser superior al del mismo factor elevado a la categoría de elemento esencial del tipo. Así, en el delito del art. 153, la pena resultante del tipo básico –la violencia doméstica ocasional del art. 153.2– con el añadido de la circunstancia de género (sin que concurran atenuantes), en virtud del art. 66.1.3.ª, es superior a la que está prevista en el tipo cualificado (al que resultan inherentes las agravantes de género y parentesco).[48] Esto relativiza el efecto de una agravante sobre la pena frente al que tiene un elemento que sirve para configurar un tipo agravado o cualificado. Máxime cuando en general en los delitos representativos de violencia contra la mujer pueden ser aplicables al delito cometido dos o más circunstancias agravantes (en particular y en atención a la condición de la víctima como mujer: género, parentesco o abuso de superioridad) que, de ser aplicables al tipo básico, podrían elevar la pena tanto o más que la de un tipo cualificado.[49]

De ahí que la alternativa sugerida desde un primer momento por la doctrina de castigar mediante una agravante de motivos sexistas o machistas, en lugar de hacerlo mediante figuras

---

si tiene sentido el modelo instaurado en 2004 o, incluso, si realmente existe un modelo, porque "no es posible mantener tipos penales leves en los que se impone más pena al hombre que victimiza a su mujer, a la vez que se incorporan nuevos tipos no sexuados, porque o se eliminan los delitos incorporados al Código en 2004, o se sexualizan los llegados al mismo en 2015". En la medida en que la agravante de género permite llegar aún más allá que los tipos penales de género, la autora se inclina por suprimir las referencias expresas en los arts. 148, 153, 171 y 172 a la mujer víctima.

[48] La mitad superior de una pena tres meses a un año de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días –que es la pena del tipo básico de violencia doméstica respectiva del art. 153.2– es la pena de prisión de siete meses y dieciséis días a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 56 a 80 días; por lo tanto, es superior a la prevista en el art. 153.1 (el tipo cualificado), esto es, prisión de seis meses a un año de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. Vid. a este respecto ACALE SÁNCHEZ, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, p. 422, que también pone en evidencia esta circunstancia penológica que puede acabar beneficiando al autor a efectos de pena, porque –como apunta la citada autora– "la criminalización expresa determina la solución de un posible concurso de normas que se planteara a favor de la ley especial" (tipo básico + agravante *versus* tipo cualificado).

[49] De ahí que, como dice PÉREZ MANZANO, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* (34), 2016, p. 49, aunque la violencia de género presente un desvalor singular, "no es exigible del legislador, ni probablemente posible, una precisión tan matemática e individualizada en la valoración de la gravedad de los hechos delictivos que sanciona. Una regulación razonable es la que configura marcos de pena que habilitan opciones para que el juez valore la singularidad de cada caso individual en una comparación aproximada con otros hechos".

típicas cualificadas, se evidencie a día de hoy también como la alternativa preferida.[50] Ello, entre otras cosas, porque al tratarse de una circunstancia agravante general y común a todos los delitos, tiene un campo de aplicación muy superior al de la tipificación expresa de unos pocos delitos, como sucede con los de violencia de género, que no son los únicos de su especie y ni siquiera entre ellos se incluyen los más representativos o de mayor resonancia en esa clase de violencia (como son los delitos de homicidio y asesinato).

El hecho es que en la práctica jurisprudencial desde su incorporación al CP se ha apreciado la agravante por razones de género en numerosas ocasiones, fundamentalmente en delitos cometidos en el seno de relaciones actuales o pasadas de pareja –muchos en procesos de ruptura– en los que la referencia al género, aunque sociológica, carecía de una traducción jurídica entre los elementos del delito o en la penalidad (más allá de la relación de parentesco, si concurría). Hacemos referencia sobre todo a la aplicación de la agravante de género a delitos de homicidio, asesinato, detención ilegal y agresión sexual.

Como indica la STS 420/2018, de 25 de septiembre, "con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta".[51]

Junto a ella, y por ser la víctima la pareja o expareja femenina del autor, se ha apreciado también en esos delitos comunes la circunstancia agravante de parentesco en relación de compatibilidad con aquélla.[52] Para ello se parte, en primer lugar, de su distinto fundamento.

---

[50] Inicialmente así: ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, 2006*,* pp. 411 ss.; LA MISMA, en FARALDO CABANA (dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional,* 2010, p. 30; COMAS D´ARGEMIR CENDRA, «La Ley Integral contra la Violencia de Género. Nuevas vías de solución», en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), L*a reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, p. 50; QUERALT JIMÉNEZ, «*L*a última respuesta penal a la violencia de género», *La Ley*, (1), 2006, pp. 1423 ss.; ALONSO ÁLAMO, *Cuadernos de Política Criminal,* (95), 2008, pp. 51 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Desigualdades penales y violencia de género», p. 78. De manera más reciente, una vez se cuenta con la agravante de género en el CP: VILLACAMPA ESTIARTE, «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», *RECPC*, (20-4), 2018, p. 13; LA MISMA, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, 2018, pp. 88 y 217; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RP,* (44), 2019, p. 213; ALONSO ÁLAMO, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, p. 116.

[51] Consideran que la circunstancia de género se restringe a las relaciones de pareja hombre-mujer, de acuerdo con la interpretación sistemática de la agravante conforme a la LO 1/2004: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *RECPC*, (20-27), 2018, pp. 12 ss.; RUEDA MARTÍN*, RECPC*, (21-4), 2019, p. 23; GOYENA HUERTA, «Artículo 22», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal,* t. I, 2015*,* p. 354.

[52] En contra de la compatibilidad en la doctrina: BORJA JIMÉNEZ, «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015,* 2ª ed., 2015, p. 122; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, PG*, 10ª ed., 2019, p. 468. A favor: PÉREZ MANZANO, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (34), 2016, p. 47; VILLACAMPA ESTIARTE, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, 2018, p. 51; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC*, (20-27), 2018*,* pp. 16 s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RP,* (44), 2019, pp. 203 ss.

Según la STS 565/2018, de 19 de noviembre: "la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención –manifestada por actos de violencia–, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo", añadiendo, a diferencia de la STS 420/2018, que esta compatibilidad con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia "no excluye que la agravante de género del art. 22.4.ª CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o expareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer" (así, por ejemplo, se ha apreciado la agravante de género en relaciones hombre-mujer ajenas a la pareja: SAP de Valencia, sec. 1, 455/2019, de 21 de octubre: tentativa de asesinato contra una hija). Por lo tanto, para la jurisprudencia del TS la agravante de género no acota los sujetos pasivos al ámbito de la pareja, sino que "*su ámbito de aplicación extravasa dicha relación de pareja*" (STS 99/2019, de 26 de febrero).[53]

Dado que obviamente no todo delito contra una mujer será un delito con el componente de género por el mero hecho de que la víctima sea mujer, será preciso, además, que concurra un fundamento material que explique por qué se agrava la pena en unos casos sí y en otros no. La inserción de esta agravante en el art. 22.4ª del CP hace que su razón de ser tenga que radicar en la *motivación discriminatoria* del autor hacia la mujer, pues se incorpora en el ámbito de una circunstancia agravante más amplia de carácter subjetivo que se fundamenta en la motivación del autor, elemento que en todo caso tendrá que ser probado.[54] Como dice la STS 565/2018, de 19 de noviembre, "es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior". También para (la mayor parte de) la doctrina, dice esta sentencia, "la agravante de género prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo. (...) En consecuencia, el fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma".[55]

---

[53] En sentido extensivo de la agravante de género, más allá de la pareja: MAQUEDA ABREU, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *Cuadernos de Política Criminal,* (118), 2016, pp. 14 s.; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, EPC, (39), 2019, p. 343; ALONSO ÁLAMO, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?,* 2019, p. 124; JERICÓ OJER, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?,* 2019, pp. 317 s.

[54] Vid. en este sentido LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, 2018, p. 130, y ACALE SÁNCHEZ, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, p. 422 ("la única diferencia entre la aplicación de los tipos neutros con la agravante de discriminación y los tipos sexuados es que en estos últimos el móvil discriminatorio no hay que probarlo especialmente").

[55] Vid. al respecto de la doctrina: BORJA JIMÉNEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015,* 2ª ed., 2015, p. 120; GOYENA HUERTA, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal,* t. I, 2015, p. 352; ALASTUEY DOBÓN/ESCUCHURI AISA, *RDP,* (23), 2015, p. 58; SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, 2019, pp. 94 ss.; DÍEZ

En todo caso deja claro esta línea jurisprudencial que no es la personalidad del sujeto lo que justifica por sí misma la aplicación de la agravante, ni tampoco –como dice la doctrina– una motivación misógina de odio hacia las mujeres,[56] sino su intención, actitud o situación de dominación y desprecio sobre la mujer (STS 420/2018, de 25 de septiembre), una situación de dominación, subordinación o sumisión por parte de la víctima como móvil determinante de la acción del autor (STS 584/2018, de 23 de noviembre) o una relación de dominación (STS 707/2018, de 15 de enero de 2019), puestas de manifiesto a través de los hechos probados que circunstancian la correspondiente actuación. Pese a las reticencias de un sector de la doctrina que rechaza la motivación por sus dificultades de prueba y que se inclina por fundamentaciones objetivas en el ámbito de lo injusto, la inferencia de la motivación discriminatoria por el género no presenta tantas dificultades en la práctica como se pretende sugerir, o no muchas más que la de otros elementos subjetivos como el dolo, a la vista de las numerosas sentencias que constatan la concurrencia en el autor de aquella motivación a partir de determinados elementos fácticos que han de hacerse constar en la relación de hechos probados. Pueden ser demostrativos de la motivación discriminatoria de género, como resalta RUEDA MARTÍN, insultos, vejaciones o humillaciones que pueden no constituir un ilícito penal independiente, pero que se desarrollan coetáneamente al hecho delictivo, así como también actividades o situaciones anteriores al hecho delictivo que son indicativas de las relaciones precedentes entre el autor y la víctima.[57]

Sin embargo, no parece fácil conciliar la naturaleza subjetiva de la circunstancia de género con la interpretación objetivista de los tipos de violencia de género. ¿Cómo puede insertarse esta circunstancia en nuestro CP en vista de la existencia de delitos de violencia de género en la

---

RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., pp. 503 s. (agrava la culpabilidad), MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 565 (agrava lo injusto subjetivo); ACALE SÁNCHEZ, en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, 2018, pp. 420, 423 (mayor desvalor de la acción); RUEDA MARTÍN, *RECPC*, (21-4), 2019, p. 12 (agrava el desvalor de la acción y la culpabilidad). Por su parte, considerando que la agravante incrementa el desvalor del resultado, que residiría, según unos en el ataque a la igualdad real, según otros en la vulneración del derecho a no ser discriminado, vid. ALONSO ÁLAMO, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, 2019, pp. 107 ss. (que postula *de lege ferenda* la modificación de la circunstancia para eliminar la motivación, pero exigiendo un contexto de objetiva dominación y sometimiento abarcado por el conocimiento del autor, p. 121; con ello se desmarca de su posición personal sobre la circunstancia de "motivos discriminatorios", antes de la incorporación del género, puesta de relieve en ALONSO ÁLAMO, «La circunstancia agravante de discriminación», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pp. 334 ss.); LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código penal de1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, (19), 1996, p. 258, REBOLLO VARGAS, «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código Penal)», 2015, p. 25, y SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 2019, pp. 334 ss. (según esta autora, aunque la fundamentación de la circunstancia sea objetiva, no es de aplicación automática, sino que será preciso constatar que, en el caso concreto, la actuación del hombre constituye una discriminación del hombre hacia la mujer por su género, por lo que será comunicable). Próxima a éstas se encuentra la propuesta de interpretación "objetivadora" de la agravante que mantiene DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Motivos racistas o similares» en *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, 2019, p. 505 (para el supuesto de agresiones sexistas considera preferible una interpretación "restrictiva" que, a su juicio, se produciría prescindiendo de la prueba de la motivación y atendiendo exclusivamente a que "las agresiones sexistas dolosamente busquen perpetuar la idea de dominación masculina y discriminación").

[56] MAQUEDA ABREU, «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?», en *Estudios de Derecho penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 708; RUEDA MARTÍN, *RECPC*, (21-4), 2019, pp. 8 s.; ALONSO ÁLAMO, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, pp. 119 s.

[57] RUEDA MARTÍN, *RECPC*, (21-4), 2019, pp. 29 s.

pareja en los que, según la reciente jurisprudencia del TS, resulta irrelevante no solo la motivación del autor, sino incluso la existencia de una situación de dominación? ¿Afecta la interpretación de esos delitos a la agravante de género con relación a aquellos hechos delictivos comunes que sean cometidos en el marco de la pareja por parte del varón contra la mujer? ¿Es posible mantener dos interpretaciones de la agravante según se aplique a parejas o no?

La STS 99/2019, de 26 de febrero,[58] pretende dar respuesta a las cuestiones acabadas de formular señalando que la STS 677/2018 ha considerado respecto del delito del art. 153.1 CP que la exigencia de un elemento subjetivo supone exacerbar la verdadera intención del legislador, por lo que coherentemente para la apreciación de la circunstancia en las relaciones de pareja bastará el presupuesto objetivo de una específica relación varón-autor y mujer-víctima. Es decir, en la medida en que la interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, la misma objetividad con que se aprecian los tipos de violencia de género debe presidir también, al compartir fundamento, la aplicación de la agravante de género. Ello supone prescindir de la intencionalidad y, en definitiva, del elemento subjetivo, pero también de otro de carácter objetivo, esto es, la existencia de una situación o contexto de dominación o discriminación en las relaciones de pareja, por cuanto en ellas la discriminación presenta un carácter estructural, pero dicho dato no tiene por qué concurrir en las relaciones hombre-mujer fuera de aquel ámbito relacional. Tanto es así que, para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja, prosigue la sentencia, "habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal". Por el contrario, en las relaciones de pareja es suficiente con que "el hecho probado dé cuenta de la relación típica de la circunstancia agravatoria, de tal manera que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica". En suma, dos formas de interpretar una misma circunstancia, según se aplique a parejas o no, lo que no parece aceptable respecto a una misma circunstancia de género, y menos aún en el contexto de la agravante de motivos discriminatorios de carácter general. Y ello sobre todo en la medida en que en los hechos cometidos en el ámbito de las relaciones de pareja constitutivos de un delito común generalmente concurrirá también la agravante de parentesco, y, en consecuencia, no será preciso mantener esa diferente interpretación de la agravante de género, según que el delito se haya producido en el ámbito relacional de la pareja (delito común con las posibles agravantes de parentesco y género) o no (delito común con la posible agravante de género). Por otro lado, si llevamos hasta el final esta posición jurisprudencial tendremos que afirmar que cualquier delito común –incluso un tipo privilegiado– que el hombre cometa contra su pareja o expareja femenina queda automáticamente agravado mediante la circunstancia de género con tal que la acusación la invoque en la calificación de los hechos.

Hasta el momento no se puede decir que se encuentre consolidado un determinado criterio del TS sobre la agravante de género. Las SsTS 223/2019, de 29 de abril y 351/2019, de 19 de julio siguen aludiendo para apreciarla a los motivos o a la motivación del autor en supuestos de asesinatos a parejas o exparejas. La STS 452/2019, de 8 de octubre, se acoge al criterio marcado por la n.º 99/2019 y considera que la norma no exige que el autor muestre voluntad de dominar o discriminar, basta con que el delito evidencie una relación machista. También la STS 448/2019, de 9 de octubre, se inclina por adoptar dicho criterio para interpretar la agravante de

[58] Vid. el comentario a dicha sentencia de CADENA SERRANO, «Aplicación de la circunstancia atenuante de actuar por razones de género», *La Ley Digital*, (8669), 2019, pp. 1 ss.

discriminación por motivos ideológicos: "que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica". De manera, por ejemplo, que el hecho probado señale cuál es la ideología de la víctima que el sujeto rechaza y sobre la que se apoya como móvil, para realización de la conducta. En suma, es ciertamente aún confusa la jurisprudencia, pero es clara su tendencia hacia la eliminación o reducción de las pruebas de carácter subjetivo en general, y en el ámbito de la violencia de género en particular. El móvil, si se presenta, es mero reflejo de un dato objetivo u objetivable que se estima prueba suficiente.

A este maremágnum jurisprudencial se une la deficiente técnica jurídica de la regulación legal que, como se ha puesto de manifiesto, es asistemática, ya que las distintas reformas obedecen a idearios y finalidades diversas, y tanto los tipos cualificados como las respectivas circunstancias del delito no presentan la debida coherencia ni armonía que sea capaz de impedir la generación de duplicidades y los problemas de solapamientos entre las circunstancias agravantes (parentesco, género, incluso abuso de superioridad).[59] Pues bien, lejos de buscar la coherencia del sistema, al legislador solo le preocupa aspirar a introducir nuevas reformas legales de carácter penal que, aún sin tiempo para digerir las anteriores, se presentan como la panacea contra la violencia de género sin que lo vayan a ser realmente.

4. Los trabajos preliminares para alcanzar un Pacto de Estado en materia de violencia de género: aspectos de Derecho Penal sustantivo

La nueva doctrina del TS sobre los tipos de violencia de género y sobre la agravante de género se conecta, por lo que a ideario político-criminal respecta, con las políticas punitivistas y expansivas que anuncia el Pacto de Estado contra la violencia de género. En él se apuesta por recurrir una vez más Derecho penal, en algunos casos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa internacional, pero en otros solo para intensificar el fuerte simbolismo que emana de la regulación de género.

Partiendo del reconocimiento de que la violencia de género es uno de los principales problemas que sufre nuestro país y de la necesidad de recuperar el consenso de la LO 1/2004, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una Proposición no de Ley, con fecha 15 de noviembre de 2016 (núm. expte. 162/000004 y 162/000135, puesto que se acumulaban dos proposiciones no de ley de los Grupos parlamentarios popular y socialista), en la que se instaba al Gobierno a suscribir un Pacto de Estado en materia de violencia de género junto con las Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias. A tal fin se estableció la creación en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de una Subcomisión para elaborar un informe con la finalidad de analizar los problemas que presenta la LO 1/2004, atender a las recomendaciones de los organismos internacionales y efectuar propuestas de actuación que incluyeran reformas legales, para lo cual ante dicha Subcomisión comparecieron 66 personas expertas.

Paralelamente, la Comisión de Igualdad del Senado decidió, el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia de estudio para elaborar estrategias contra la violencia de género, y en ella comparecieron un total de 52 expertas y expertos en las muy diversas materias que se insertan en la LO 1/2004, asistenciales, educativas, psicológicas, médicas, procesales, penales, policiales, etc., tanto de ámbitos institucionales como asociativos. Algunos comparecientes, también del ámbito universitario, se pronunciaron en varias ocasiones sobre cuestiones

[59] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RP,* (44), 2019, pp. 202 s.

estrictamente penales, efectuando propuestas de ampliación o creación de nuevas tipologías delictivas y/o de sus respectivas respuestas penales. Sin embargo, llama la atención la práctica total ausencia de penalistas del ámbito universitario que pudieran aportar una visión desde la ciencia o desde la dogmática del Derecho Penal.[60/61]

Entre las cuestiones penales, planteadas en el seno de ambas subcomisiones del Congreso y del Senado, una de ellas versaba sobre la necesidad de eliminar la exigencia de elementos subjetivos para apreciar los tipos de violencia de género, algo que finalmente no fue recogido en el Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género, de 13 de mayo de 2019, posiblemente porque la jurisprudencia del TS ya se había encargado de dicha cuestión. El ponente de la STS 677/2018, Vicente Magro Servet, fue uno de los que propuso la supresión del elemento subjetivo. Dicha propuesta fue incluida con el n.º 242 en el informe del Senado bajo el título "supresión del elemento subjetivo para la apreciación del delito", y en ella se sugería incorporar a los artículos pertinentes del Código penal la redacción "con cualquier fin" o "con independencia del fin perseguido", coincidiendo esta propuesta con la del documento de estudio del CGPJ del año 2016 sobre la aplicación de la LO 1/2004, que se expresaba en el mismo sentido.[62] Con ello se habrían solventado las cuestiones de carácter subjetivo relacionadas con los tipos de violencia de género, dejando en cambio sin respuesta las de carácter objetivo (si debería exigirse en el caso concreto la existencia de una posición de dominio, poder o desigualdad). Aunque finalmente el Pacto de Estado prescindió de esta propuesta legislativa por resultar innecesaria, dada la posición interpretativa últimamente adoptada por el TS, conviene repasar alguno de los argumentos de quienes rechazaban que fuera exigible la intención subjetiva de subyugar o someter a la mujer para que exista una condena por violencia de género: "consideran fundamental que no sea necesario indagar si el agresor pretendía establecer una relación de poder sobre la mujer"[63] "porque dificulta

[60] Exceptuado el caso de la compareciente D.ª María Gavilán Rubio, Jueza Sustituta de la Comunidad de Madrid y Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en el Real Centro Universitario María Cristina, a quien concretamente se deben las propuestas de reformar el art. 21.4 CP para suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, así como la de modificar los arts. 48 (para que pueda suspenderse la custodia compartida cuando se esté tramitando un proceso de violencia de género en el que se haya dictado orden de protección) y 187.1 (para tipificar el proxenetismo en todas sus formas).

[61] Lo que, como señala VILLACAMPA ESTIARTE, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, 2018, p. 229, agranda todavía más "la brecha existente entre lo que la academia preconiza, con base en resultados obtenidos empleando metodología científica, y lo que la clase política, seguramente con el objetivo último de extraer el correspondiente rédito electoral, se propone hacer".

[62] *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (publicado en marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es), entre cuyas conclusiones figuraba la no exigencia del elemento intencional de dominación o machismo en la conducta del autor. Se recordaba la existencia de una clara división interpretativa en este tema, decantándose por la no exigencia de esa prueba, sino solo del hecho de golpear o maltratar. Urgía por ello la reforma de los tipos penales de violencia de género para añadir la expresión "el que con cualquier intención" (pp. 203 s.).

[63] Comparecencia en el Congreso de Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), obrante en el documento de Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del *Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de violencia de género* (en adelante Informe de la Subcomisión), p. 49; la misma sugerencia de eliminación del elemento subjetivo –"afán de dominación"– y, por consiguiente "extender el elemento objetivo a todos los tipos delictivos de violencia de género" formuló en su Comparecencia en el Senado, obrante en el documento "Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género", aprobado por la Comisión de igualdad del Senado, en su sesión de 28 de julio de 2017, p. 15. En igual sentido la comparecencia en el Congreso de Paloma Marín López (Magistrada, ex Secretaria Técnica del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ), proponiendo la adición a los tipos

extraordinariamente que se produzca una condena"[64] o constituye una *probatio diabólica*.[65] Sin embargo, por un lado, la condena está prácticamente garantizada en la medida en que, a falta de un elemento (objetivo o) subjetivo que cualifica la infracción, el hecho no queda impune, sino que entra en aplicación el tipo básico y subsidiario[66] y, por otro lado, las dificultades probatorias no tendrían que servir como excusa para renunciar a la prueba y, en consecuencia, a la evidencia de que con ese acto se reproduce "sin la menor duda" una pauta patriarcal o machista. El problema es que esta prueba es mucho más difícil de lograr en un maltrato de obra leve y ocasional que en un asesinato. Por otro lado, la eliminación de toda referencia subjetiva en los tipos de género contrasta con la recomendación del Pacto de aplicar la circunstancia cuarta del art. 22 del Código penal "*en todos los casos en el que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual*".[67] Tanto en éstos como en todos los delitos en los que se proponga la circunstancia de razones de género es difícil prescindir de la motivación como elemento que sustenta la agravación.[68]

Un segundo aspecto destacable de las comparecencias en el seno de las Subcomisiones del Congreso y del Senado fue la recurrente deturpación del concepto de violencia, al ampliarse hasta extremos sinuosos que resultan incompatibles con su concepto jurídico-penal o que lo desbordan. Se afirmó, en primer lugar, que "*el término violencia implica conductas que rebasan el nivel de lo aceptable*", hasta el punto de poner de manifiesto que se debate si en el "*micromachismo*" hay violencia.[69] Se emplearon numerosas variantes adjetivas de la violencia. Así, la expresión "*violencia virtual*" se utilizó para referirse a comportamientos violentos entre menores y adolescentes agravados por el uso de nuevas tecnologías,[70] y la de "*violencia de género digital*" para aludir a la "sextorsión" o a la "pornovenganza" y al control de las

---

penales concernidos (esto es, las manifestaciones más leves de la violencia de género) del inciso "con cualquier fin", obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 53.

[64] Comparecencia en el Congreso de Ángeles Carmona Vergara (Presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 25; la misma sugerencia de supresión del elemento subjetivo –"afán de dominación"– en todos los tipos delictivos relacionados con la violencia de género efectuó en su Comparecencia en el Senado, obrante en el documento "Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género", p. 11.

[65] Comparecencia en el Senado de Mercé Claramunt Bielsa (Abogada especialista en violencia de género), obrante en el documento "Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género", p. 20.

[66] Teóricamente en el caso del art. 153.1, la función de tipo básico o subsidiario la desempeña el art. 153.2, ambos perseguibles de oficio. Otra cuestión es que el tenor literal de ambos preceptos se encuentra redactado en modo de exclusión recíproca (por lo que, aparentemente, de no apreciarse el tipo del art. 153.1, el hombre respondería tan solo de un delito leve –art. 147.2 y 3– perseguible mediante denuncia), si bien, el voto particular de la STS 677/2018 considera que no es la única interpretación posible y que el art. 153.2 sería aplicable a ambos integrantes de la pareja, cualquiera que fuera su sexo.

[67] Propuesta de actuación n.º 92 del Informe de la Subcomisión del Congreso.

[68] A favor incluso de introducir expresamente en los tipos de violencia de género el elemento anímico de la discriminación como presupuesto de los mismos, SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, 2019, p. 98

[69] Comparecencia en el Congreso de Begoña Marugán Pintos (Adjunta a la Secretaría de la Mujer de la Federación de Servicios de CCOO, Doctora en Sociología y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología), obrante en el Informe de la Subcomisión, pp. 101 s.

[70] Comparecencia en el Congreso de Joaquín Pérez de la Peña (Jefe de la Unidad de coordinación contra la violencia sobre la mujer de la Delegación del Gobierno en Andalucía), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 59.

adolescentes en las redes sociales por parte de sus parejas o exparejas;[71] sin embargo, al margen de que la denominada "ciberdelincuencia de género" constituya en el futuro un tipo penal independiente,[72] el carácter violento de tales conductas es dudoso o forzado. Otra variante de dudosa naturaleza penal fue la de "*violencia corporal*" en el ámbito laboral, subyacente al hecho de exigir a la mujer vestir de una determinada manera.[73] No menos elocuente con relación a los delitos sexuales resulta la locución "*violencia expresiva*", en el sentido de que "el violador en realidad se dirige a otros hombres en una especie de rito que tiende a demostrar su masculinidad",[74] y ello al margen o como añadido de la violencia que es inherente al hecho mismo de la violación. También se solicitó que el síndrome de alienación parental[75] y la querulancia se reconocieran como formas de violencia contra la mujer,[76] si bien las violencias psicológicas resultan punibles por sí mismas, pudiendo presentarse aquéllas como formas concretas de manifestación.

Tales referencias a la violencia de género, a veces en formas sutiles y muy diversas, guardan relación con una ampliación progresiva del concepto de violencia de género en las convenciones internacionales. La definición de violencia contra la mujer contenida en el art. 3 a) del Convenio de Estambul como violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres designa "todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".[77] Al margen del hecho nada irrelevante de que el texto internacional no reduce la violencia contra la mujer a la que se ejerce dentro de la pareja, sino que la extiende a las violencias que tengan lugar en las relaciones hombre-mujer en comunidad en general, de acuerdo con esta definición es posible comprender como violencia de género en sentido amplio un conjunto de conductas delictivas que, aunque puedan, por ejemplo, causar sufrimientos psicológicos a las víctimas, no constituyen en nuestro Código penal un tipo que podamos denominar, ni siquiera en sentido amplio, de "violencia de género", sino un delito contra la intimidad o contra las relaciones familiares, con independencia de que al mismo pueda corresponderle una circunstancia agravante de género. En el citado convenio se limitan las formas delictivas que los Estados Parte se comprometen a tipificar, a saber, violencia psicológica, acoso, violencia física,

[71] Comparecencia en el Congreso de Jorge Flores Fernández (Fundador y Director de Pantallas Amigas), obrante en el Informe de la Subcomisión, pp. 114 s.

[72] Comparecencia en el Congreso de María José Ordóñez Carbajal (Delegada del Gobierno para la violencia de género), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 206.

[73] Comparecencia en el Congreso de Carla Millán Peñaranda (Responsable de derechos e igualdad de oportunidades del Consejo de la Juventud de España), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 75.

[74] Comparecencia en el Congreso de Justa Montero Corominas (Miembro de la Asamblea Feminista de Madrid), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 144.

[75] En sus siglas "SAP" hace referencia al estado psicológico de un niño en contra de un familiar o progenitor influido por otro familiar o progenitor.

[76] Comparecencia en el Congreso de Gloria Vázquez Portas (Presidenta de la Asociación Ve-La luz), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 109.

[77] Prácticamente esta definición es similar a la que figura en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer,* contenida en la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas (por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada). Únicamente, aunque no es poco, el Convenio de Estambul añade que los daños o sufrimientos derivados de la violencia pueden ser también de carácter económico.

violencia sexual, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzosos y acoso sexual. Es decir, no se incorporan al convenio otros hechos delictivos que se encuentran tipificados en nuestra legislación penal como delitos comunes, aunque puedan suponer a las mujeres que sean víctima de los mismos daños o sufrimientos de naturaleza psicológica o económica que las "violentan". No obstante, con base en la definición contenida en el convenio, se proclamaron por alguno de los expertos que comparecieron en el Parlamento como formas de violencia o de perpetuar la violencia contra las mujeres conductas tales como el impago de pensiones e hipotecas,[78] proponiendo, en consecuencia, que el impago de pensiones (o, con la misma coherencia, el alzamiento de bienes) se reconozca como delito de violencia de género de carácter económico.[79]

También desde el punto de vista demoscópico se observa una utilización más que extensiva del concepto de violencia contra la mujer, en la medida en que alguna de las conductas que se incardinan dentro del ámbito de estudio no se corresponden, aun cuando representen conductas machistas, ni con violencia de género, ni con otra clase de delito –aunque sea leve– contra las personas. Y así, por ejemplo, si atendemos a la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015, de la misma se puede colegir que aproximadamente una de cada diez mujeres residentes en España de 16 y más años ha sufrido violencia física o sexual por parte de alguna pareja o expareja en algún momento de su vida (pp. 29 y 246). De lo que ya no se puede estar tan seguro es de que se esté aludiendo en todo caso a comportamientos con relevancia jurídico-penal, tanto en lo que respecta a la violencia sexual como también a otra clase de violencias, pues algunas de las que así se califican –y sin más aditamentos– consisten en simples comportamientos machistas éticamente reprobables pero no punibles, ya que está ausente la propia "violencia" contra la persona o la "amenaza" de la misma.[80]

De la exacerbación conceptual de la violencia de género se pasa a la exageración cuando se equipara la violencia de género con el terrorismo, como ocurrió entre algunos comparecientes. Es decir, pasamos de que incluso hechos nimios o de muy escasa relevancia producidos en el ámbito de la pareja puedan llegar a ser constitutivos de violencia de género a que toda violencia de género sea terrorismo, y ni lo uno ni lo otro resulta congruente desde un punto de vista jurídico-penal. Aun cuando por parte de algunos expertos se mencionó únicamente la necesidad de proporcionar a las víctimas de violencia de género las ayudas que reciben las

[78] Comparecencia en el Congreso de Susana Martínez Novo (Presidenta de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 129.

[79] Comparecencia en el Congreso de Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 49.

[80] Existe machismo pero no violencia: por lo que respecta a la denominada "violencia sexual", en el hecho de mantener relaciones sexuales con la pareja sin desearlo por miedo a la reacción de la pareja, o la práctica de relaciones sexuales que la mujer encuentra humillante o degradante; en supuestos que se clasifican como "violencia psicológica del control", en el hecho de ignorar a la persona o tratarla con indiferencia, enfadarse si la pareja femenina habla con terceros o sospechar infundadamente de una infidelidad; en cuanto a la "violencia psicológica emocional", en conductas como hacer sentir mal a una persona consigo misma, asustar a propósito, por ejemplo, gritando, rompiendo cosas o mirándole de determinada forma; y, por último en la "violencia económica", relativa a negarse a dar dinero para gastos del hogar o no dejar trabajar o estudiar fuera de casa. Es frecuente, como se observa, que el hecho descriptor del machismo se conciba en estos estudios demoscópicos desde el punto de vista de la comprensión de la víctima, y no tanto como descriptivo del comportamiento del autor y menos aún de la violencia que comporta. Y ello se entiende porque esos estudios no parten ni son representativos de las conductas con relevancia penal. Pero desde ese punto de vista se envía un mensaje a la sociedad que acrecienta la imagen de la violencia contra la mujer, cuando son ante todo conductas machistas desprovistas de significación penal.

víctimas del terrorismo, otros afirmaron que la violencia de género es una forma de terrorismo. Así, por ejemplo, se empleó la expresión "terrorismo machista" como algo que debe ser considerado cuestión de Estado,[81] o se efectuó un paralelismo conceptual destacando sus elementos comunes.[82] Se calificó la violencia machista como un tipo más de terrorismo con el argumento de que ha causado más muertes que el terrorismo de ETA, hasta el punto de estimarla, en una nueva confusión conceptual, un "terrorismo de Estado", de modo que así puedan las víctimas acceder a los mismos beneficios que las víctimas del terrorismo de ETA.[83] Aunque lo verdaderamente chocante es que el exceso verbal en el que se incurre, calificando como terrorismo la violencia de género, sea aplaudido desde la más alta magistratura.[84]

Mención aparte merece la cuestión de la prostitución, pues puede ser contemplada desde el punto de vista de la violencia sexual con un claro componente de género cuando la víctima es una mujer; incluso está directamente asociada con el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Más allá del proxenetismo y de su persecución, aunque no sea coactivo y sí lucrativo, el consumo sexual de mujeres se presenta o visualiza como una forma de violencia, según algunos expertos.[85] Sin embargo, en el Pacto de Estado contra la violencia de género la prohibición de la prostitución no se aborda. La única propuesta que se efectúa al respecto consiste en desincentivar la demanda de la prostitución mediante campañas de concienciación y talleres de sensibilización dirigidos a los jóvenes (propuesta n.º 265 del Pacto).

5. El Pacto de Estado en materia de violencia de género (texto refundido de 13 de mayo de 2019): las propuestas penales de reforma

Los trabajos de las Subcomisiones de Igualdad en el Congreso y el Senado se nutrieron también de las aportaciones de Comisión General de las Comunidades Autónomas en el Senado (aprobadas en moción n.º 51 del Pleno del Senado, de 5 de abril de 2017) y del Observatorio Estatal de violencia contra la mujer (a través de un Grupo de trabajo que contó con la participación de las CCAA y de organizaciones especializadas de la sociedad civil, sumando 46 entidades participantes). Finalmente, el 13 de septiembre de 2017, el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad, el Informe de la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, mientras que el 28 de septiembre de 2017 se aprobó en el Congreso sin votos en contra el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género. En ambos textos, remitidos al Gobierno, se incorporan un conjunto de propuestas de actuación para los próximos años (214 medidas en el caso del Congreso y 267 en el caso del

[81] Comparecencia en el Congreso de Begoña San José Serrán (Miembro de la Plataforma 7-N contra las violencias machistas), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 95.

[82] Comparecencia en el Congreso de José María Fernández Calleja (Profesor de Periodismo de la Universidad Carlos III de Madrid, Licenciado en Historia por la Universidad de Valladolid, Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid), obrante en el Informe de la Subcomisión, pp. 120 s.

[83] Comparecencia en el Congreso de Estela Sánchez Benítez (Vicepresidenta segunda del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, CAPM), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 155. Semejante paralelismo se observó en la comparecencia de Amalia Fernández Doyague (Presidenta de la Asociación de Juristas THEMIS), p. 174, comparando el número de víctimas del terrorismo de ETA (20 anuales) con las del "terrorismo machista" (60/63 anuales).

[84] MAGRO SERVET, Prólogo al *Memento experto Violencia Machista*, *La Ley Digital*, Francis Lefebvre, 2019, p. 9, considera un acierto la denominación *terrorismo de género*.

[85] Comparecencia en el Congreso de Rosario Carracedo Burillo (Portavoz de la Plataforma Estatal de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución), obrante en el Informe de la Subcomisión, p. 141.

Senado) a partir de las cuales se desarrolla el denominado "Pacto de Estado contra la violencia de género", cuya ratificación por parte de Grupos Parlamentarios, CCAA y entidades locales tuvo lugar en diciembre de 2017.

Pues bien, en el Documento refundido, de 13 de mayo de 2019, del citado Pacto de Estado, dentro del Eje 2, sobre mejora de la respuesta institucional, en su punto 2.6, relativo a justicia, se incorporan algunas medidas en materia penal, de las cuales solo seleccionamos a continuación para comentar sucintamente las que se refieren a la materia penal sustantiva tanto desde la perspectiva de las tipologías delictivas como de las circunstancias modificativas de la responsabilidad:

a) La n.º 102 consiste en "*ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul*". Esto implica, en primer lugar, que la violencia de género no se limite a la derivada de las relaciones de pareja, sino que comprenda también la realizada fuera de ese ámbito y, por tanto, en cualquier esfera social o comunitaria, pero siempre que la violencia tenga lugar por la condición femenina de la víctima (violencia contra la mujer porque es una mujer). En segundo lugar, debe distinguirse entre el concepto de "*violencia contra las mujeres*" y el de "*violencia de género*", ya que aquél, según el Convenio de Estambul, comprende no solo la "violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad" (manifestaciones de la violencia contra las mujeres ya reconocidas como violencia de género por el art. 1.3 LO 1/2004), sino también "los actos de violencia basados en el género que impliquen o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza (...) económica" (art. 3.a del Convenio de Estambul). Por otro lado, se acotan en el Convenio de Estambul como hechos que deben ser tipificados por los Estados parte toda una serie de delitos que no necesariamente vienen definidos por el género del sujeto pasivo, pues salvo en dos de ellos –la mutilación genital femenina (art. 38) y el aborto y esterilización forzosos (art. 39)–, aquél se caracteriza en el resto de tipologías delictivas de modo neutral como "persona", lo que hace pensar que si se designan éstos, y no otros especialmente, es porque afectan a las mujeres de manera desproporcionada. Tras la reforma del CP de 2015 prácticamente todos esos delitos se encuentran ya reconocidos como figuras delictivas en nuestro ordenamiento jurídico, constituyan o no tipos o delitos de violencia de género, y por ello sin perjuicio en este último caso de la aplicación de la agravante de género, circunstancia que realmente permite configurar esos delitos de violencia contra la mujer (que no constituyen tipos de violencia de género conforme a la LO 1/2004) como "*violencia contra la mujer por razones de género*".[86]

[86] Se trata de los siguientes comportamientos (el texto entrecomillado como descriptor de cada uno de ellos no responde a la literalidad del precepto, aunque sí a su contenido):
aa) violencia psicológica (art. 33, "hecho intencionado de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante amenazas y coacciones", lo cual excede las coacciones y amenazas leves de género en la pareja de nuestro CP, aunque también se encuentran penadas sin la perspectiva de género en otros tipos);
ab) acoso (art. 34, "hecho intencionado de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad", que ha inspirado la tipificación como delito común del acoso persecutorio del art. 172 ter CP en 2015, aunque el contenido del delito descrito en el convenio conforma una perspectiva mucho más subjetiva del mismo al enfocarse en el punto de vista de la víctima);
ac) violencia física (art. 35, "hecho intencionado de cometer actos de violencia física sobre otra persona", el cual puede encuadrarse en distintos tipos de nuestro CP, unos de género y otros comunes);

Al margen de ello, otras medidas previstas en el Pacto incluyen la modificación o ampliación de ciertos delitos concretos pero comunes. En particular, se propone estudiar la ampliación del art. 172 ter CP para cubrir mejor las conductas de suplantación de personalidad (medida n.º 111), dejar de considerar como delitos leves las injurias y calumnias a través de redes sociales en el ámbito de la violencia de género (medida n.º 112), así como excluir la relevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de condena (medida n.º 118).

b) La n.º 106 reza lo siguiente: "*suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría, siempre que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad*". Esta propuesta coincide textualmente con la n.º 88 contenida en el Informe del Congreso, aunque también guarda relación con la n.º 240 del Informe de la Ponencia del Senado, si bien ésta, más cautelosa, reservaba la posible supresión a delitos con resultado de muerte, fueran o no de género, y que, al menos, la rebaja no fuera automática por el mero hecho de declarar la culpabilidad. Pues bien, prever la inaplicación de una circunstancia atenuante común inauguraría una excepción en la relativa discrecionalidad del juez para apreciar circunstancias atenuantes, ya que debe hacerlo de acuerdo a un determinado fundamento material que explique la atenuación y los correlativos requisitos legales, aunque se permite la analogía y por ello su campo de aplicación es abierto, lo que choca frontalmente con su supresión para estos delitos. La propuesta carece de precedentes, pero también de justificación, y ello al margen de los estándares constitucionales con relación al principio de igualdad, por cuanto respecto de una misma conducta el hombre se vería privado de una atenuación que sí se reconocería para la mujer al obrar de modo semejante. Por un lado, no se comprende que se pueda suprimir una atenuante respecto de todos delitos de violencia de

---

ad) violencia sexual, incluida la violación (art. 36, "cometer intencionadamente la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto, los demás actos de carácter sexual no consentidos, así como el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero", conductas que pueden subsumirse en su mayor parte dentro de las figuras delictivas comunes del Título VIII del CP, aunque no impliquen en todos los casos la existencia del concepto jurídico-penal de violencia, pudiendo tratarse de abusos no violentos);

ae) matrimonios forzosos (art. 37, "hecho intencionado de obligar a un adulto o a un menor a contraer matrimonio o de engañarle para que llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio", comportamientos que se encuentran reconocidos como delitos comunes en el art. 172 bis CP desde 2015);

af) acoso sexual (art. 40, "comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo", el cual puede ser castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales, es decir, que puede ser delito o constituir otra clase de infracción del ordenamiento jurídico; tales hechos son contemplados en nuestra legislación como delito común [en el art. 184 CP], como infracción laboral en las empresas [art. 8.13 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social] o como falta disciplinaria en el ámbito de la Administración [art. 95.2.b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público]).

Sin embargo, la medida n.º 104 aclara que la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, y no previsto por la LO 1/2004, se regirá por las leyes integrales y específicas que se dicten al efecto de adecuar la necesidad de intervención y de protección a cada tipo de violencia. Entre tanto esto no se produzca se prevé que reciban un tratamiento preventivo y estadístico, pero "la respuesta penal en estos casos se regirá por lo dispuesto en el Código penal y las leyes penales especiales". Por lo tanto, a todos esos delitos del convenio, para ser considerados desde la perspectiva de género, les podrá ser de aplicación en su caso la agravante de género, aunque particular y destacadamente en los delitos sexuales y de mutilación genital femenina, como se verá más adelante.

género (recordemos que la mayoría aluden a conductas leves, puntuales y ocasionales), y no de otros que son mucho más graves, como terrorismo, asesinatos, etc. Por otro lado, la inaplicación de la atenuante –más que su supresión– "cuando los hechos permitan atribuir fehacientemente la autoría del delito" tendría que generalizarse para el resto de delitos comunes (tanto si la víctima es mujer como si es hombre) si se estima que no se justifica la atenuación de la pena en la medida en que deja de tener fundamento una disminución de la pena basada no solo en las menores exigencias de prevención especial, sino sobre todo en la necesidad de favorecer el funcionamiento de la Administración de Justicia, coadyuvando a la pronta resolución de las causas.[87] Precisamente por estar fundada ya no en un elemento subjetivo de arrepentimiento, sino en la utilidad de la confesión, es cierto que pueden existir evidencias incuestionables que resten valor a la confesión negando un efecto atenuante a la aceptación de la evidencia. Y si bien hay que huir de automatismos en la aplicación de la atenuante ajenos a criterios teleológicos,[88] sin embargo, como señala la STS 155/2004, de 9 febrero, "la aceptación de unos hechos que, de otra forma, precisarían de una investigación, es una conducta que facilita la labor de la justicia y que, de otro lado, revela una menor necesidad de pena al suponer una aceptación del mal realizado y una colaboración en el retorno a la situación de vigencia efectiva del ordenamiento jurídico", por lo que si ésta se produjo antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra el autor, se dan todos los requisitos legales para apreciar la circunstancia, aunque otra cosa será cuál deba ser entonces el efecto atenuante de la circunstancia, que puede limitarse al mínimo posible (en este sentido la SAP de Valencia, sec. 1, 455/2019, de 21 de octubre). Debe tenerse en cuenta, además, que está generalmente admitida la circunstancia atenuante análoga con relación a la confesión cuando no concurren todos sus requisitos, particularmente el cronológico, aplicando el TS la atenuante analógica si el culpable colabora con su confesión de manera activa y eficiente con los fines de la Justicia (STS 692/2012, de 25 septiembre).

c) La n.º 107 prevé "*suprimir la atenuante de reparación del daño en los casos de violencia de género*". La propuesta de supresión, a diferencia de la anterior, adolece de cualquier mínimo razonamiento y es tan objetable como aquélla. Aunque la reparación del daño pudiera mantener algunos efectos al margen de la atenuación de la pena (por ejemplo, para la suspensión de la pena privativa de libertad), no se explica ni justifica la posible eliminación de esta circunstancia atenuante con relación a los delitos de violencia de género.[89] Con semejante ausencia de motivación podría proponerse la supresión de toda circunstancia atenuante en estos delitos, o al menos de aquellas que dependan del agresor, como la grave adicción o el arrebato u obcecación. Pero cabe preguntarse qué delitos tan graves son éstos que estarían sustraídos al régimen general de las atenuantes: ¿solo los tipos de violencia de género, que en

[87] GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión*, 2008, pp. 193 ss., quienes añaden que la incidencia mayor o menor sobre la pena "debería determinarse analizando el nivel de compensación que el comportamiento postdelictivo aportó respecto de la necesidad de declarar la culpabilidad del sujeto e imponerle una sanción que revoque la conmoción creada por el delito".

[88] GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión*, 2008, p. 195.

[89] La frecuencia en la aplicación de esta circunstancia y de la anteriormente mencionada en la letra b) en los delitos de violencia de género, como argumento para llegar a plantearse su supresión, es dudosa. En el *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (realizado por el CGPJ, publicado en marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es) se indica que "confesión y reparación del daño aparecen como circunstancias atenuantes en cinco sentencias cada una (1,33% del total de sentencias condenatorias en cada caso), lo que supone una prevalencia inversa a la observada en las causas por delitos contra la vida consumados, en las que es moneda corriente la confesión y harto excepcional la reparación; divergencias que se explican fácilmente como consecuencia de la distinta gravedad de los delitos" (p. 213).

general representan conductas leves y ocasionales, o también cualquier delito grave, menos grave o leve, en el que se aprecie la concurrencia de la agravante de haber obrado por razones de género? Por el contrario, y esto sí resulta llamativo, el Pacto de Estado contra la violencia de género no efectúa mención alguna al rechazo de que la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto "honor" puedan servir para justificar (excluyendo la pena o atenuándola) cualquiera de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul (como se previene expresamente en su art. 42).

d) La n.º 108 indica "*generalizar la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal para los casos de mutilación genital femenina*". Entendiendo que dicha propuesta está referida a la agravante de género, resulta controvertido cómo se puede "generalizar" la aplicación de tal circunstancia, pues la misma tendrá que ser aplicada única y exclusivamente cuando concurran sus requisitos (objetivos y subjetivos), tanto en el delito de mutilación genital femenina, como en todos aquellos, estén o no especialmente previstos en el Convenio de Estambul, en los que proceda aplicar dicha circunstancia. En principio ello será posible en la medida en que nuestro CP establece un delito de mutilación genital genérico del que puede ser autor y víctima tanto el hombre como la mujer (art. 149.2), por lo que la circunstancia de género no es inherente al delito (incluso sería aplicable a un sujeto activo mujer que realizara la conducta por razones de género).

e) La n.º 110 relativa a "*recomendar la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 22 del Código penal, en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión y abuso sexual de los artículos 178 a 183 bis del Código Penal*" se conecta claramente con la propuesta anteriormente reseñada, aunque difieren en el verbo con que se explicitan una y otra, esto es, en aquel caso "generalizar" y en este "recomendar". Ni lo uno ni lo otro procede como materia legislativa, en tanto en cuanto la vigencia del Convenio de Estambul, de la propia circunstancia agravante de "razones de género" y de la jurisprudencia sobre la misma, hacen innecesario e inane cualquier otra medida de tipo legislativo, correspondiendo solo en sede judicial aplicar o no la agravante, al margen de recomendaciones o pretendidas generalizaciones. Pero si en este caso se recomienda también que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer o por razones de género es porque, quizás, en las violencias sexuales el contexto discriminatorio hacia la mujer resulta consustancial a esta clase de comportamientos tan subculturalmente condicionados, pero no lo es en cambio la motivación sexista del autor, que habría que probarla caso por caso.

f) En el n.º 113 se alude a "*incluir en la redacción del artículo 184 del Código Penal, una circunstancia específica en los delitos de acoso sexual, que debería contemplar el móvil de actuar por razones de género, atentando gravemente contra la dignidad de la mujer*". A diferencia de los dos casos anteriores en los que se parte de la aplicación de una circunstancia agravante genérica y común a todos los delitos, respecto del delito de acoso sexual se propone insertar en el tipo una circunstancia agravante específica que no se acierta a entender de entrada, porque al margen de exigir un determinado móvil del autor, se vincula a un atentado grave contra la dignidad de la mujer. Dicho concepto jurídico indeterminado dificultaría la apreciación de la circunstancia específica, dando lugar a preguntarse si habría que apreciar la circunstancia genérica cuando dicho atentado contra la dignidad de la mujer no fuera calificado de grave. Por ello lo lógico sería mantener una posición legislativa coherente y sistemática con todos los delitos que son calificados como violencia de género o, más ampliamente, de violencia contra la mujer, en la medida en este último caso en el que sean compatibles con la agravante de género:

o bien incluir una agravante específica en todos, o bien dejar abierta la apreciación judicial de las agravantes genéricas cuando se pruebe su concurrencia.

g) En el n.º 128 se menciona la "*modificación del Art. 22.8 del Código Penal para considerar reincidencia cuando el mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer, en consonancia con el Convenio de Estambul, abriendo la posibilidad de incluir reincidencia si el mismo hombre comete distintos delitos de esta naturaleza contra distintas mujeres*". El Convenio de Estambul no se pronuncia sobre una definición o concepto de reincidencia que comprenda el supuesto de que un hombre cometa distintos delitos contra la misma mujer o diversos delitos de género contra distintas mujeres. Contempla únicamente en el art. 46 como circunstancia agravante, siempre que no sea de por sí elemento constitutivo del delito, "que el delito, o los delitos conexos, se hayan cometido de forma reiterada". Respecto de la propuesta de confusa redacción, la ampliación de la agravante de reincidencia, más allá de la reincidencia específica prevista en el Código penal (delito comprendido en el mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza), cuando se trate de la misma mujer o, incluso, de distintas mujeres no se justifica desde la perspectiva de género, pues cometer varios delitos contra una misma mujer no significa automáticamente que estén presentes la razones de género que deberían subyacer a la ampliación de la circunstancia agravante. Por tanto, de estimarse necesaria una ampliación de la agravante de reincidencia habría de serlo porque un mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer o distintas mujeres "por razones de género".

6. Epílogo

En suma, nos encontramos ante un panorama normativo muy complejo, confuso e inacabado. Falta también un estudio serio y una justificación convincente para las modificaciones penales pendientes en el plano legislativo, sobre todo las relativas a suprimir atenuantes y generalizar agravantes. Asimismo, el consenso que se pretendía recuperar respecto de la LO 1/2004 para avanzar hacia nuevos pactos, dirigidos a combatir la violencia contra la mujer por razones de género mediante instrumentos penales, hoy por hoy ya parece inalcanzable en el nuevo escenario político. Por otro lado, las posiciones antagónicas y las incongruencias sobre el fundamento y ámbito de la agravante de género y de los propios tipos de violencia de género en nuestra jurisprudencia no contribuyen a mejorar las expectativas de lograr una regulación jurídica de los delitos con perspectiva de género que sea armónica, convincente y conveniente. La propia coexistencia de la agravante de género con los tipos de violencia de género suscita serios inconvenientes. Seguramente todo ello sea debido a que la tendencia expansiva del Derecho Penal en nuestro país en materia de violencia de género y su discurso simbólico no parecen tener ni conocer límites,[90] y, sin embargo, es necesario reivindicarlos una y otra vez para denunciar la posible –por no decir acreditada, constante y creciente– vulneración de sus principios fundamentales.

[90] Como señala RUIZ MIGUEL, *Jueces para la Democracia,* (55), 2006, p. 44, "el uso simbólico del Derecho Penal, que seguramente le es consustancial, puede ser positivo, *al menos cuando no se abusa de él"* (cursivas añadidas).

7. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ (2018), «La interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género», *Jueces para la Democracia*, (92), pp. 26-43.

——— (2018), «Derecho Penal y violencia de género», en MARTÍN SÁNCHEZ (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, Valencia, pp. 403-441.

——— (2010), «La perspectiva de género en el Derecho Penal Español», en FARALDO CABANA (dir.), *Género y sistema penal: una perspectiva internacional*, Granada, pp. 3-30.

——— (2009), «Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja - REDUR*, (7), pp. 37-73.

——— (2006), *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal,* Madrid.

ALASTUEY DOBÓN/ESCUCHURI AISA (2015), «La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español», *Revista de Derecho Penal,* (23), pp. 37-78.

ALONSO ÁLAMO (2019), «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?,* Barcelona, p. 91-129.

——— (2008), «Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género», *Cuadernos de Política Criminal,* (95), pp. 19-52.

——— (2002), «La circunstancia agravante de discriminación», en DÍEZ RIPOLLÉS et al. (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 533-542.

AÑÓN ROIG (2012), «Violencia de género: un concepto jurídico intricado», en MARTÍNEZ GARCÍA (dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense,* Madrid, pp. 31-53.

BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (2006), «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, pp. 13-34.

BOLEA BARDÓN (2007), «En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (9-2), pp. 1-26.

BORJA JIMÉNEZ (2015), «La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015,* 2ª ed., Valencia.

CADENA SERRANO (2019), «Aplicación de la circunstancia atenuante de actuar por razones de género», *La Ley Digital*, La Ley 8669/2019.

CARRERAS PRESENCIO (2019), *Concepto jurídico de violencia de género*, Madrid.

COMAS D´ARGEMIR CENDRA (2006), «La Ley Integral contra la Violencia de Género. Nuevas vías de solución», en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, pp. 35-56.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2017): *Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de violencia de género*; https://violenciagenero.igualdad.gob.es/eu/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Congreso.pdf

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016), *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, 2016; http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Estudio-sobre-la-aplicacion-de-la-Ley-integral-contra-la-violencia-de-genero-por-las-Audiencias-Provinciales--Marzo-2016-

COUNCIL OF EUROPE (2011), Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence», *Council of EuropeTreaty Series*, n. 210.

DÍEZ RIPOLLÉS (2016), *Derecho Penal Español, Parte General*, 4ª ed., Valencia.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2019), «Motivos racistas o similares», en *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre*, Madrid.

GARCÍA ARÁN (2009), «Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)», en CARBONELL MATEU et al. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, t. I, Valencia, pp. 649-670.

GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA (2008), *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla)*, Valencia.

GOYENA HUERTA (2015), «Artículo 22», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal,* t. I, Aranzadi.

JERICÓ OJER (2019), «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?,* Barcelona, pp. 285-337.

LARRAURI PIJOAN, (2018), *Criminología crítica y violencia de género,* 2ª ed., Madrid.

——— (2009), «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *InDret* (1), 2009.

LAURENZO COPELLO (2015), «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger a las mujeres?», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), pp. 783-830.

——— (2005), «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-08), pp. 1-23.

——— (1996), «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, (19), pp. 219-288.

LERAY/MONSALVE (2017), «Un crime de féminicide en France? A propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté», en *Revue du Centre de recherches et d´études sur les droits fondamentaux*, Actualités Droits-Libertés, (http://journals.openedition.org/revdh/2967).

MAGRO SERVET (2019), Prólogo al *Memento experto Violencia Machista*, *La Ley Digital*, Francis Lefebvre.

——— (2013), La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género», *La ley penal*, (104), p. 11.

MAQUEDA ABREU (2017), «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?», en *Estudios de Derecho penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, p. 703-714.

——— (2016), «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *Cuadernos de Política Criminal,* (118), pp. 5-42.

——— (2006), «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral», *Revista Penal,* (18), pp. 176-187.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (2018), «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20-27).

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2009), «Desigualdades penales y violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* (13), pp. 57-88.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2019), *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., Valencia.

PACTO DE ESTADO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2019), *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado* (13 de mayo de 2019); http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf

PÉREZ MANZANO (2016), «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* (34), pp. 17-65.

QUERALT JIMÉNEZ (2006), «La última respuesta penal a la violencia de género», *La Ley*, (1), pp. 1423-1436.

REBOLLO VARGAS (2015), «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código Penal)», *Revista General de Derecho Penal*, (23).

ROIG TORRES (2012), «La delimitación de la "violencia de género": un concepto *espinoso*», *Estudios Penales y Criminológicos*, (32), pp. 247-312.

RUEDA MARTÍN (2019), «Cometer el delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o razones de género como circunstancia agravante genérica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-04).

RUIZ MIGUEL (2006), «La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva», *Jueces para la Democracia,* (55), pp. 35-47.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ (2019), «Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género», *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), pp. 303-351.

SANZ MULAS (2019), *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Valencia.

——— (2019), «El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el Pacto de Estado contra la violencia de género», *Revista Penal*, (43), pp. 137-155.

SENADO (2017), *Informe de la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género*;
https://violenciagenero.igualdad.gob.es/eu/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Senado.pdf

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2019), «Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco», *Revista Penal,* (44), pp. 199-213.

TAMARIT SUMALLA (2018), «Violencia de género: una política criminal sin base empírica», *El cronista del Estado Democrático y Social de Derecho*, (77), pp. 22-33.

VILLACAMPA ESTIARTE (2018), *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica,* Valencia.

——— (2018), «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20-04).

InDret
3.2020

Pœna forensis y retribución
Propuesta para la restauración de una teoría

Carlos Pérez del Valle
Universidad San Pablo CEU,
-

Sumario
-
Las teorías que consideran la pena como retribución tienen como punto de referencia a Kant, aunque también existe una discusión reciente sobre si la retribución era en realidad el fundamento de la pena en su teoría de derecho. Por esa razón, el desarrollo de cualquier teoría retributiva ha de considerar a Kant, porque su teoría de la retribución ha definido el marco de la discusión sobre el concepto, y atender a textos de la filosofía moral o de la razón pura mostrar cuál es el marco de discusión sobre la retribución de la dogmática penal. En ese marco se intenta explicar una teoría de la retribución conforme a la ley natural, como forma de concretar la necesidad moral de la pena y su vinculación a la razón práctica. Sin embargo, no todos los aspectos de la pena con la que se castiga un hecho concreto son abarcados por esta necesidad moral. El objetivo último es, por tanto, la definición de estos límites y de la compatibilidad de la teoría de la retribución con una justa individualización de la pena sobre la base de la culpabilidad -con una adecuada comprensión de la idea de arrepentimiento- y con la posibilidad de suavizar o incluso de suspender la ejecución de penas.

Abstract
-
Theories that regard the punishment as retribution have as a reference point to Kant, although there is also a recent discussion about whether retribution was certainly the foundation of punishment in his theory of law. For this reason, the development of any retribution theory should consider Kant, because his theory of retribution has defined the framework of the discussion on the concept, and to attend to texts of moral philosophy (practical reason) or pure reason to show what is the framework of discussion on retribution in the criminal law doctrine. In this context, an attempt is made to explain a theory of retribution under natural law, as a way of realizing the moral necessity of the punishment and its link to practical reason. However, not all aspects of the punishment for a crime are covered by this moral necessity. The last objective is therefore the definition of these limits and the compatibility of the theory of retribution with a just sentencing on the basis of culpability - with an adequate understanding of the idea of repentance - and with the possibility of softening or even suspending the execution of penalties.

Abstract
-
Die Theorien, die Strafe als Vergeltung betrachten, haben Kant als Bezugspunkt, obwohl es in letzter Zeit auch eine Diskussion darüber gibt, ob Vergeltung in seiner Rechtslehre tatsächlich die Grundlage der Bestrafung war. Aus diesem Grund sollte bei der Entwicklung jeder Vergeltungstheorie Kant berücksichtigt werden, denn seine Vergeltungstheorie hat die Diskussion über den Begriff abgesteckt, und Texte der Moralphilosophie (praktische Vernunft) oder der reinen Vernunft herangezogen werden, um zu zeigen, was der Rahmen der Vergeltung in der Strafrechtslehre ist. In diesem Rahmen wird versucht, eine Theorie der Vergeltung im Einklang mit dem Naturrecht zu erklären, um die

moralische Notwendigkeit der Bestrafung und ihre Verbindung zur praktischen Vernunft zu präzisieren. Allerdings sind nicht alle Aspekte der Bestrafung für eine bestimmte Tat durch diese moralische Notwendigkeit abgedeckt. Letztlich geht es also darum, diese Grenzen und die Vereinbarkeit der Vergeltungstheorie mit einer gerechten Strafzumessung auf der Grundlage der Schuld - mit einem angemessenen Verständnis der Idee der Reue - und mit der Möglichkeit, die Art und Weise, wie die Strafe vollstreckt wird, zu lockern oder sogar auszusetzen, zu definieren.

Title: *Pœna forensis and Retribution. Proposal on the Restoration of a Theory.*
Titel: Pœna forensis und Vegeltung Vorschlag zur Wiederherstellung einer Theorie

-
Palabras clave*:* Retribución, Teoría de la pena, Imperativo categórico, *ius talionis*, arrepentimiento, ley natural.
Keywords*:* Retribution, Theory of Punishment, categorical Imperative, *ius talionis*, Repentance, Natural Law.
Stichwörter: Vergeltung, Wiedervergeltung, Theorie der Strafe, kategorische Imperativ, Reue, Naturrecht
-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.07

InDret

3.2020

Recepción
13/04/2020
-
Aceptación
06/05/2020
-

Índice

1.Introducción
2. Lo absoluto y lo relativo en la pœna forensis
2.1 Pœna forensis en KANT
2.2 Teorías de la pena: qué es absoluto y qué es relativo en la pena
2.3 Retribución y estado de la naturaleza
2.4 Imperativo categórico
2.5 Ius talionis
3. El significado de la retribución: el marco de una teoría
3.1 Las exigencias de la teoría de la pena (o sobre lo qué deben a KANT las teorías de la retribución)
3.2 La dimensión moral de la pena estatal
3.3 Razón práctica y retribución
3.4 Retribución y determinación de la pena; la consideración del arrepentimiento
4. Conclusión: la retribución restaurada
5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

En 1835, ABEGG, en el prólogo de una monografía sobre las distintas teorías de la pena, aludía a la necesidad de una fundamentación filosófica del Derecho penal "vinculada a los nuevos sistemas del Derecho natural o de la filosofía del Derecho".[1] El punto de partida es razonable: cualquier teoría sobre la pena debe -o debería- asentarse en una determinada concepción del Derecho sobre presupuestos filosóficos o sobre bases fundadas del rechazo a cualquier fundamento filosófico. Esta perspectiva se observa, tal vez como en ninguna otra teoría de la pena, en las teorías de la retribución. La contribución de la filosofía idealista alemana al desarrollo de la dogmática jurídica moderna, y el hecho de que sus autores más representativos se hiciesen eco de teorías retributivas, permitió un predominio de estas teorías en ciertos momentos; pero también la incidencia especial de sus críticos al reprocharles una excesiva abstracción.[2] Es posible que, al menos en parte, estos reproches sean ciertos y, desde luego, serian incompatibles con una teoría de retribución que, como pretendo, encuentre sus bases en la ley natural. La contraposición con la filosofía idealista, si se adopta esta idea en una tradición aristotélica es evidente: al Derecho en la comunidad política es esencial la orientación material hacia la virtud en libertad, y no es tan sólo la coordinación de la libertad de sujetos con autonomía en el dictado de su propia ley moral, que es propia, aunque haya de adecuarse a una máxima formal.[3]

No obstante, ninguna teoría de la retribución puede ignorar que su irrupción en la discusión moderna sobre la pena debe atribuirse básicamente a KANT. KANT no creó de la nada la idea de retribución, pero es el punto de inflexión decisivo e indiscutible en su desarrollo,[4] porque despliega su teoría del Derecho penal pensando en sus fundamentos en el estado de Derecho;[5] de ahí la relevancia de la expresión *pœna forensis* en lo que se han denominado teorías absolutas de la pena. Por ese motivo, he de iniciar la exposición a partir de KANT, porque su teoría de la retribución ha definido el marco de la discusión sobre el concepto. No puede olvidarse, en ese sentido, que algunos intérpretes han discutido que realmente KANT mantuviese una concepción de la pena como retribución, y muchas veces ampliando su perspectiva más allá de las manifestaciones explicitas de KANT sobre la pena o la ley penal. En esta situación, es necesario atender a textos de la filosofía moral o de la razón teórica -incluso de su correspondencia- a los que estos intérpretes han acudido en ocasiones. El objetivo de este primer paso (*1. Lo absoluto y lo relativo en la pœna forensis*) es, mediante el examen de los

---

* Autor de contacto: Carlos Pérez del Valle, perezdevalle@ceu.es

[1] ABEGG, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, 1835, p. III. En todo caso, y como ya se deriva del título, la intención de ABEGG era precisamente lograr un punto de partida de relación adecuada entre filosofía y Derecho positivo (p. 3).

[2] Sobre ambos aspectos, LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1 Bd (1875 bis 1891)*, 1882-1905, p. 127, al indicar la *communis opinio* de los penalistas estaba fundada en su vinculación a KANT, a FICHTE, a HEGEL o a HERBART; y -aunque no excluye especulaciones metafísicas sobre el fundamento de la pena- en el rechazo a cualquier especulación metafísicas sobre la configuración empírica de la pena (p. 133) o n el rechazo al doctrinarismo (p. 178).

[3] Sobre la contraposición, especialmente en SPAEMANN, «Die Aktualität des Naturrechts», en EL MISMO, *Philosophische Essays*, 1994, pp. 69 ss. En todo caso, esta orientación a la virtud, a la felicidad, no prescinde de la vinculación entre libertad y felicidad, que "es constitutiva de la autoconciencia del hombre" (p. 73).

[4] Cfr. GÜNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts-Abt. 2*, 1891, con una exposición completa de la doctrina anterior a KANT, y especialmente en quienes considera sus precedentes, en pp. 263 ss. Sobre la idea del punto de inflexión, en Prólogo, p. V.

[5] HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 89.

aspectos que considero esenciales en KANT (estado de naturaleza y estado civil; imperativo categórico, *ius talionis*), mostrar cuál es el marco de discusión sobre la retribución en la discusión de la dogmática penal y qué caracteres le son irrenunciables.

Precisamente en este marco intento explicar mi visión de una teoría de la retribución conforme a la ley natural en la segunda parte del trabajo (*2. El significado de la retribución: el marco de una teoría*). Es también incuestionable que este intento requiere un examen de la dimensión moral de la pena estatal y su vinculación a la razón práctica para definir la relación entre pena retributiva y ley natural, porque sus pretensiones de validez objetiva y universal son limitadas.

2. Lo absoluto y lo relativo en la pœna forensis

2.1. Pœna forensis en Kant[6]

En su conocida fundamentación del Derecho penal, KANT mantiene que la pena que corresponde aplicar a un juez (*pœna forensis*) no puede nunca ser impuesta sin más como un medio para promover el bien de otro, del delincuente o de la sociedad civil, sino siempre porque él ha cometido el delito.[7] Este principio es reconocido también por KANT en "la *pœna meremoralis*, que es llamada *vindicatiua*, precisamente porque salva la justicia divina" y es extendido más allá: "las penas, en un mundo gobernado (por Dios) según principios morales, son categóricamente necesarias (en la medida que son descubiertas las transgresiones)".[8] Expresa en ambos casos que la pena es retribución -lo que especifica después de un modo más claro- porque "la ley penal es un imperativo categórico".

Con esta fundamentación, KANT se oponía a la doctrina penal del S. XVIII, que de forma mayoritaria había defendido las tesis de la intimidación para posibles delincuentes o de la

[6] Las citas de KANT proceden de la edición clásica de la Academia: *Kant´s gesammelte Schriften* (hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften), Berlin: G. Reimer, Berlin & Leipzig, desde 1902: Walter de Gruyter, Berlin, desde 1922, aunque casi siempre sobre reimpresión): tras la cita de la obra concreta en cursiva, se indica el número de tomo precedido de las iniciales AA (Akademieausgabe) y, a continuación, el número de la página. Para facilitar la comprensión cronológica, en la primera cita se indica el año de publicación.

[7] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 331. Dejo de lado un aspecto que considero relevante en el texto, aunque no afecta al tema que se aborda, al menos de forma directa, aunque apunto mi idea de por qué aparece en una especial de paréntesis la *pœna naturalis*: KANT da la denominación de *pœna forensis* (*richterliche Strafe*, en alemán, que he traducido como "pena impuesta por un juez" conscientemente, para subrayar la importancia que KANT otorga a la jurisdicción en el paso del Derecho privado al público) para distinguir precisamente entre *pœna naturalis* y *pœna forensis*. La inclusión de la idea de la *pœna naturalis* es, desde mi punto de vista, una forma de subrayar el carácter nouménico de la *pœna forensis*, y por esto indica que el legislador no ha de prestar atención a aquella no, por tanto, a las consecuencias negativas que recaen sobre el que comete el delito por su propia comisión, lo que es evidentemente fenoménico.

[8] KANT, «Brief an Johann Benjamin Erhard de 21.Dez.1792», en *Briefwechsel-Bd II (1789-1794)*, AA-XI, pp. 398-399. En la carta realiza anotaciones a algunas materias de Derecho penal tratadas con KLEIN ("*die mit Hrn. Klein verhandelte Materien aus dem Criminalrecht bettefrend*"), pero en la correspondencia anterior de KLEIN -que, como es sabido, fue innovador respecto a la concepción de las medidas de seguridad como una segunda vía del Derecho penal, y adversario de las tesis de FEUERBACH (cfr. KLEINHEYER, «Ernst Ferdinand-Jurist», *Neue deutsche Biographie*, (11), 1977, pp. 734 s.) o de ERHARD, reunida en la edición de las Obras completas de la Academia que cito-, no se encuentra la carta que da origen a estas aclaraciones (aunque hay algunas otras cartas de KLEIN que tratan del fundamento del Derecho natural o de los principios de la moral, sin que conste la respuesta de KANT).

utilidad social de la pena.[9] La concepción penal de la ley penal como imperativo categórico es, a mi juicio, el punto de partida, como se ha de comprobar. No niego con esto que sea correcta la afirmación de que, en KANT, la justicia es una exigencia ilimitadamente válida, como mantiene HÖFFE;[10] pero no parece posible que pueda desligarse la exigencia incondicional de justicia del carácter incondicional del imperativo categórico.[11]

En efecto, KANT expone la idea del merecimiento de pena como idea de la razón práctica que se vincula con la infracción de una ley moral:[12] "en toda pena, como tal, debe estar presente en primer lugar la justicia, y ésta constituye lo esencial de este concepto", pues es "un mal físico que, cuando no estuviera asociado como consecuencia natural del mal moral, debe ser vinculado a éste como consecuencia, de acuerdo con el principio de una ley moral".[13] Pero esta explicación precede en nueve años a la conocida fundamentación sobre el Derecho penal en *Die Metaphysik der Sitten* a la que he aludido anteriormente. Se trata de la Crítica de la razón práctica (*Kritik der praktischen Vernunft*) que, como es sabido, no pretende sentar las bases del Derecho, sino que está dirigida a exponer con claridad todo lo que contiene -aun lo que es impreciso- la conciencia del agente moral;[14] y estas afirmaciones se incluyen, en todo caso, en una anotación dedicada a los conflictos del principio de la moralidad, especialmente en orden al "principio de la felicidad". KANT introduce aquí el tema de la pena -en palabas de DYROFF- "para demostrar que la felicidad no puede ser el principio de la conducta moral".[15] Precisamente la pena no puede ser vinculada al gozo de la felicidad,[16] porque es un mal ocasionado como consecuencia del mal moral.[17] Pero muestra otro aspecto a considerar, y tal vez no suficientemente explorado cuando se indaga sobre la teoría de la pena y de la ley penal

---

[9] HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 235. Una completa exposición de esta perspectiva en RONCO, *Il problemma della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, 1996, pp. 74 ss.

[10] HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 235.

[11] En ese sentido se pronuncia BACIGALUPO, «Sobre la ideología de las teorías de la pena», *Circunstancia*, (16), 2008, p. 2.

[12] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

[13] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

[14] HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 172. Es verdad que *Die Metaphysik der Sitten*, en su segunda parte dirigida a la teoría de la virtud; pero HÖFFE señala que ésta última intenta superar el reproche de formalismo que se dirige a la ética de KANT.

[15] DYROFF, «Zu Kants Straftheorie», *ARWPh*, (17), 1923/1924, pp. 351 ss, 354; este aspecto había sido subryado ya por DÖHRING, *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, 1907, p. 10. HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 173, sin embargo, considera que no existe un rechazo total de la eudaimonia (el principio de la felicidad), sino que "está contenida como bien superior con un lugar preciso en la teoría de los postulados". Esta conclusión de HÖFFE cuenta con el desarrollo de la teoría de la virtud en *Die Metaphysik der Sitten* y con su concepción de la educación como puente entre naturaleza y moral; no es, por tanto, contradictoria con lo defendido en el texto a partir de la visión de DYROFF, aunque no es posible ahora un desarrollo detallado al respecto.

[16] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37: "*Nun läßt sich mit dem Begriffe einer Strafe, als einer solchen, doch gar nicht das Teilhaftigwerden der Glückseligkeit verbinden*".

[17] La tensión entre felicidad y lo bueno es evidente, y la visión del bien en KANT se ha considerado de forma diferente: mientras COHEN ve en la asociación entre PLATÓN y KANT una estricta oposición en el concepto de bien a ARISTÓTELES (en PLATÓN existe *das Gute* -lo bueno- y en ARISTÓTELES *der Gut*-el bien: COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 1877, p. 4; en la segunda edición, especifica más sobre ARISTÓTELES: «die Güter des Guten-las bondades del bien», en *Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., p. 4), GADAMER, *Die Idee des guten zwischen Plato und Aristoteles*, 1978, piensa que *das Gute*-lo bueno en PLATÓN es anticipado sólo de una forma simbólica (p. 101); que ARISTÓTELES lo somete a crítica y modifica metodológicamente con la razón práctica (pp. 99-100); y que KANT sigue en su filosofía moral la perspectiva de la filosofía práctica aristotélica (p. 99, aunque luego indica que al distinguir entre el imperativo moral práctico y los imperativos derivados de la sensatez, se sitúa en la perspectiva platónico-aristotélica).

en KANT: el recurso a los escritos de la ética de KANT como fuente esencial para entender lo que significa retribución.[18]

El carácter absoluto de la pena está, en su caso, ligado a dos ideas que, como se han visto, parten de la fundamentación de la moral: la concepción de la justicia y la concepción de la ley penal como un imperativo categórico. De algún modo, justicia e imperativo categórico son los presupuestos para hablar de la retribución en KANT como una teoría absoluta. Por esa razón, una reconstrucción de la teoría requiere, en primer término, la comprensión de lo que supone hablar de una teoría absoluta.

2.2. Teorías de la pena: por qué lo absoluto y por qué lo relativo en la pena

En efecto, no pueden examinarse las tesis de KANT prescindiendo del contexto en que son consideradas, y fundamentalmente porque en KANT se encuentra el paradigma de lo que se denominan teorías absolutas de la pena.[19] Es cierto que las aproximaciones modernas a la teoría de la pena suelen echar la mirada atrás en el tiempo y parten a menudo de la distinción clásica que SÉNECA pone en boca de PLATÓN (*nam ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*) y que BACIGALUPO ha considerado un ejemplo en el mundo antiguo de un "verdadero discurso ideológico del Derecho penal",[20] aunque, en realidad, PLATÓN lo integra en una respuesta de Protágoras a Sócrates[21] en la que el núcleo central es, más que la pena, la

[18] DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 357. Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 1643, "la concepción de Kant sobre la teoría de la imputación no está condicionada por lo que entiende sobre la pena, sino en todo caso, al revés".

[19] HEPP, *Darstellung und Beurteile der deutschen Strafrechts-Systeme*, 2ª ed., 1843, § 1, III, indica que se denominan teorías absolutas "las teorías de la retribución o (preferiblemente) de la justicia" desde ZACHARIÄ. Se refiere a Karl Salomo ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (1769-1843), filósofo político y del Derecho, y no al conocido penalista y procesalista contemporáneo de HEPP, Heinrich Albert ZACHARIÄ (1806-1875).

[20] BACIGALUPO, *Circunstancia*, (16), 2008, p. 1. La cita es de SÉNECA, *De ira*, 1, XIX. Es claro que los términos de SÉNECA se refieren a PLATÓN con la expresión "*ut Plato ait*", porque se refiere al diálogo *Protágoras*, en el que éste dialoga con SÓCRATES y PLATÓN pon en su boca esta expresión. En todo caso, lo cita SÉNECA tras contemplar la posibilidad del perdón y, por ello, "de otorgar la impunidad cuando no haya de perjudicar ni a los que la reciben ni a los que la conceden" ("*dabit inpunitatem nec accipientibus nocituram nec dantibus*"): "en todo castigo obrará con el convencimiento de que tiene doble objeto que perseguir: corregir los malvados o destruirlos", pues "*in utroque non præterita sed futura intuebitur* (en uno y otro caso, no atiende a lo pasado, sino a lo venidero)".

[21] PLATÓN, *Protágoras*, 324 a: "En efecto, nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se vengue irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro, para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias. Y si lo hace con esta intención, es porque piensa que la virtud es enseñable, pues castiga en prevención". He reproducido todo el texto porque la primera duda debería surgir en relación con su finalidad, pues SÓCRATES está sólo hablando de si la virtud se puede enseñar, como ya he subrayado (PÉREZ DEL VALLE, «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *JRE*, 2019, p. 636, n. 47; anteriormente incidió en este argumento, FINNIS, «Hart´s Philosophy of Punishment», en EL MISMO, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 157). En todo caso, no es claro que Platón se expresara de una forma tan clara sobre la pena, como se ha de ver en algún momento posterior (cfr. no obstante NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, p. 4, nota al pie 3; sin precisiones respecto a la frase y únicamente aludiendo a la terminología, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, p. 53). Ciertamente, la afirmación indicada encuentra cierta correspondencia en las afirmaciones que atribuye PLATÓN a Protágoras, en *Protágoras*, 324a. Pero también es posible dudar si aquí PLATÓN pone en boca de Protágoras lo que él mismo piensa; esto es precisamente indicado por PAULEY, «The Jurisprudence of Crime and Punishment from Plato to Hegel», *The American Journal of Jurisprudence*, 1994, pp. 97 ss., especialmente p. 103, aunque subraya que existen otros pasajes en las obras de PLATÓN que son

virtud, y si la virtud es enseñable.[22] Esta diferenciación de posiciones ha constituido, históricamente, el soporte para establecer una clasificación fundamental de teorías absolutas y teorías relativas de la pena en unos términos más o menos claros: se llamaría teoría absoluta aquélla que se fija en la pena como fin en sí misma, pues no es otra cosa que la sanción, que el castigo de quien cometió el delito (*quia peccatum est*), mientras que sería teoría relativa aquélla que justifica la pena en otros elementos ajenos al propio castigo (*sed ne peccetur*).[23] Análoga ha sido la distinción en la perspectiva del mundo anglosajón cuando se diferencia entre teorías retributivistas y consecuencialistas, y donde los respectivos liderazgos de KANT y BENTHAM sirven para explicar la diferencia entre una concepción de la pena "*backward-looking*" (mirando hacia atrás) y "*desert-oriented*" (orientada a lo ya merecido), que se correspondería con una visión retribucionista; y otra "*forward-looking*" (mirando hacia delante) y "*outcome-oriented*" (orientada a las consecuencias), que se correspondería con una visión consecuencialista.[24]

JELLINEK había abordado la separación entre unas y otras teorías a partir de la idea de necesidad. En cualquier perspectiva, la pena es considerada necesaria, y lo que diferenciaría las teorías absolutas de las relativas es la razón por la que esta necesidad existe: "la primera considera a la pena una necesidad ética, la segunda como una necesidad social".[25] Lo que entiende JELLINEK por necesidad ética puede observarse en su descripción de las teorías retributivas: "la pena es comprendida por ellas (por las teorías absolutas) como el contenido inmediato de una ley moral categórica o como el momento dialéctico en el proceso, en el que el Derecho ha de ser restaurado por causa de su negación, como un mandato de la autoridad divina o como la superación de un desequilibrio (*Missfallen*) absoluto en la desigualdad entre autor de la lesión/infractor y lesionado/infringido provocada por el delito". Y añade que, pese a las diferencias en la fundamentación en los principios éticos que les dan fundamento, "todas estas teorías coinciden en que la esencia de la pena se asienta en la retribución".[26] En esta cita se

---

compatibles con esa afirmación (por ejemplo, en los libros IX y XII de *Las leyes*). Ya había sido escéptico con los decididos partidarios de considerar a PLATÓN un partidario de las teorías de la prevención y favorable a una conciliación (sobre todo, en *Gorgias*, 472c: "el hombre injusto y criminal es desgraciado de todas maneras, pero aún más si no sufre ningún castigo y sus crímenes permanecen impunes, y que lo es menos si recibe por parte de los hombres y de los dioses el justo castigo de sus perversidades"). ANTÓN ONECA, «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena (Discurso pronunciado en la apertura de curso académico de la Universidad de Salamanca)», en EL MISMO, *Obras*, t. II, 2002, pp. 9 ss.; sobre la expresión de SÉNECA que da origen a esta nota en p. 16.

[22] Precisamente, inmediatamente antes dice Protágoras a Sócrates: "todo el mundo se irrita y reprende a quien sea, prueba evidente de que se consideran fruto de la aplicación y del aprendizaje" (*ibidem*).

[23] KANT, en *Briefwechsel-Bd II (1789-1794)*, AA-XI, pp. 398 atribuye a la *pœna vindicatiua* el carácter de *quia peccatum est* y no *ne peccetur*: Más adelante haré una referencia a estas reflexiones.

[24] Véase, entre otros, BILZ/DARLEY, «What´s Wrong with Harmless Theories of Punishment», *Chicago-Kent Law*, (79), 2004, pp. 1215 ss., especialmente 1217 s.

[25] JELLINECK, *Die socialethische Bedeutung vom Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, p. 91. Cfr. prácticamente con las mismas palabras, NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, pp. 19-20, aunque busca apoyo también en una cita de SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4ª ed., 1954, p. 374.

[26] JELLINECK, *Die socialethische Bedeutung vom Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, p. 91. Una clasificación con pretensiones de exhaustividad, con referencia a los autores concretos que defienden teorías absolutas, introduce HEPP, *Darstellung und Beurteile der deutschen Strafrechts-Systeme*, 2ª ed., 1843, p. XVII ss., siguiendo a BAUER, a quien explícitamente reconoce el mérito de haber clasificado las teorías de la pena y del Derecho penal de forma completa (*"eine erchöpfende Classification*"). HEPP previamente había diferenciado entre sistemas absolutos o de retribución y sistemas relativos o de utilidad (p. XIII)

encuentran implícitas las concepciones de KANT y de HEGEL:[27] a KANT acude al referirse a la ley moral categórica; y a HEGEL con la alusión a la restauración dialéctica del Derecho requerida por su negación.

La distinción de JELLINEK no es la única en este sentido entre los autores de la época. Véase, por ejemplo, la exposición de AHRENS,[28] que intenta superar la contraposición entre concepciones absolutas y relativas: pese a que, de algún modo, su posición podría hoy ser entendida como una teoría de la unión,[29] AHRENS quiere situarse al margen de ese debate. La razón se encuentra, a mi juicio, en su crítica a las teorías absolutas,[30] que se apoya en un postulado de la razón práctica: según AHRENS, lo inaceptable de las teorías absolutas es precisamente, su carácter absoluto. En efecto, AHRENS estima que o bien están fundadas en una falsa abstracción que separa la pena de un fin racional en el que debe asentarse toda acción humana; o bien consideran la pena como una mera consecuencia de la acción contraria a Derecho.[31] Las teorías absolutas de la pena pueden derivar de un orden del mundo fijado por Dios que deja una imagen remanente de la pena divina; de un mandato de la razón incondicionado (como, en KANT, el imperativo categórico); o de la idea de justicia que se asienta en el principio formal de igualdad. En cualquiera de estos casos, para AHRENS, se muestran "carencias insalvables" cuando se pretende una analogía entre delito y pena merecida por ese delito.[32]

---

[27] Véase, por ejemplo, en la literatura española: BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 1998, p. 8; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, pp. 48 ss.; también en *Derecho penal-Parte general*, 6ª edic., Barcelona, 2002, p. 84. De especial interés la explicación de las diferencias entre ellas, JAKOBS, *AT*, 1991, 1/19 ss.

[28] AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, pp. 449 ss.

[29] En AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450.

[30] En realidad, la crítica fundamental a las teorías relativas es que, en su mayor parte, no consideran el fin de la pena en su totalidad, sino sólo partes de ese mismo fin (AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450); y, pese a las críticas, es comprensivo con la idea de corrección como fin de la pena, sobre todo, con la tesis de que la pena puede ser un bien ("sólo el dolor moral puede conducir al delincuente al arrepentimiento", porque el Derecho penal debe renunciar al "principio de causación de un mal" (*Princip der Uebelzufügung*), en lo que por primera vez ha insistido, después de KRAUSE, RÖDER (AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 456). AHRENS había sido discípulo de KRAUSE, como lo fue RÖDER. Por una parte, no debe olvidarse que el propio SANZ DEL RÍO llega a KRAUSE a través de AHRENS, a quien conoce en Bruselas (ALEGRE GORRI, «El krausismo y su difusión en España», en KRAUSE/SANZ DEL RÍO, *Ideal de la humanidad para la vida*, 2002, p. 25), donde éste último era profesor; por otra parte, tampoco puede ignorarse la relevancia que RÖDER tuvo en la versión penal del krausismo español y, por tanto, del correccionalismo. DORADO MONTERO llega a hablar de una escuela española correccionalista (*De penología y criminología*, 1906, p. 140), y este dato es resaltado por ANTÓN ONECA, en EL MISMO, *Obras*, t. II, 2002, p. 38. En todo caso, fundamental fue la traducción al castellano por parte de Fernando Giner de los Ríos de la obra de RÖDER: *Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen* (1867) con el título (traducción literal) de *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1876, y que junto con las traducciones de ROMERO GIRÓN, fue de indiscutible influencia en ese sentido (Cfr. ANTÓN ONECA, «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en EL MISMO, *Obras*, t. I, 2000, pp. 157 ss.; sobre estas traducciones en p. 159). En todo caso, KRAUSE y RÖDER no se limitan a considerar la corrección como fin de la pena, sino que "reducen la pena estatal a este aspecto" (REULECKE, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, 2007, p. 295).

[31] AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, pp. 450-451.

[32] En su perspectiva, la pena es restauración del orden jurídico que comprende, desde el punto de vista del orden jurídico, la restauración de la superioridad de la norma sobre la voluntad delictiva; desde el punto de vista del lesionado, la restauración del derecho lesionado o la reparación del daño causado; y, desde el punto de vista del infractor, en la medida que es posible, la restauración de la "buena voluntad jurídica subjetiva" por el retorno a la base de toda voluntad y acción en la actitud jurídico-moral (AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 451).

El problema fundamental se encuentra, por tanto, en la determinación del merecimiento de pena. AHRENS diferencia entre la forma "más ruda" de la teoría de KANT, como reacción "exterior igual", que identifica como "ojo por ojo, diente por diente"; y el nivel más elevado, en el que no sólo se tiene en cuenta el hecho exterior, sino también "la malicia interna del delincuente".[33] A mi juicio, sólo cabe una interpretación de AHRENS: si la pena pone su atención en la "malicia interna del delincuente", es entonces posible encontrar un fin racional. Esto, desde luego, es coherente con su visión de la pena como reacción total: la pena es restauración de la superioridad de la norma sobre la voluntad delictiva que implica restauración del Derecho lesionado y restauración de la "buena voluntad jurídica subjetiva".[34] Por tanto, lo que acepta AHRENS de KANT es, precisamente, una lectura subjetivista que subordine la idea de pena a la transformación de la mala voluntad en buena y, por tanto, de su corrección;[35] lo que acepta AHRENS es un KANT que no pueda ser entendido como cimiento de la teoría de la retribución, pero sí como excusa de una corrección de quien ha cometido el delito.

2.3. Retribución y estado de naturaleza

Regreso ahora a una distinción de AHRENS a la que antes hice referencia: cuando alude a las teorías absolutas y a la medida de igualdad de la pena en relación con el delito, indicaba que entonces "son, según su carácter fundamental, retribución" y utiliza -creo que de una forma consciente- la palabra "*Wiedervergeltung*" y no simplemente "Vergeltung", acudiendo a una distinción que se encuentra ya en VON ROTTECK.[36] Recientemente, MERLE ha prestado atención a esta distinción en KANT: la mera retribución (Vergeltung) quedaría enmarcada en la afirmación de que "la sanción penal del delincuente representa la retribución por el delito cometido"; mientras que la retribución en un sentido más intensivo (*Wiedervergeltung*) se correspondería con el postulado de que "la pena debe ser equivalente al delito".[37] Sólo la segunda perspectiva estaría vinculada al *ius talionis* y, en opinión de MERLE, la primera afirmación derivaría de la segunda; esto es, la afirmación de la pena como retribución sería una consecuencia de que la pena ha de ser equivalente al delito.[38] La conclusión es, como se indica después, que la retribución sería algo propio del estado de naturaleza y no del estado civil.

El punto de partida de esta interpretación es contrario a la visión mayoritaria, que explica HÖFFE: hay una separación entre un principio de retribución general, que responde a la pregunta de por qué y a quién se ha de imponer una pena; y un principio de retribución

---

[33] AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 451.
[34] AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450.
[35] Esta lectura subjetivista estaba presente ya en KRAUSE de forma muy clara: "de la observación de sí mismo y del conocimiento de sí mismo parte toda comprensión, toda virtud" (*Das Urbild der Menschheit: ein Versuch: vorzüglich für Freimaurer*, 1811, p. 15); RÖDER, *Die Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, 1867, por otro lado, añade una dimensión social a esta perspectiva de la corrección: la "corrección moral" (p. 114) del delincuente "suprime totalmente el mal ejemplo de su hecho, con el buen ejemplo de su regreso al bien"(p. 113).
[36] VON ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswiffenschaften: Bd. 3. Materielle Politik*, 1834, p. 232, donde indica que la confusión de ambas expresiones constituye una "superficialidad".
[37] MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus*, 2007, p. 41 en relación con los postulados formulados en p. 40. La consideración de la equivalencia vinculada a la ley del talión es común en la doctrina. Cfr. HAMILTON, «Making the Punishment Fit the Crime", *J. Crim. Law Criminol.*, (12-2), 1921, pp. 159 ss., 167.
[38] MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 43.

especial, que responde a la pregunta de la forma y la medida de la pena que el sujeto merece.[39] Pero la interpretación alternativa de MERLE tiene por objeto negar que la visión de KANT sobre la pena es fundamentalmente retributiva[40] y por esa razón es interesante someterla a crítica.[41] A mi juicio, es discutible por varias razones.[42]

En primer término, y aunque MERLE afirma que pretende apoyar sus conclusiones en una interpretación a partir del principio del Derecho en KANT,[43] no lo hace en realidad y prescinde de algunos elementos esenciales para una correcta interpretación. Muestra clara de ello es la inclusión de lo que MERLE denomina "excepciones" a la pena como retribución en KANT.[44] Se refiere, por una parte, al pasaje de la Metafísica de la Moral en el que KANT se refiere al *ius necessitatis*, y en el que interpreta la *impunibilitas* relativa al conocido caso del náufrago que arrebata la tabla a otro y, con ello, salva su vida y provoca la muerte del otro, como una renuncia de KANT a la retribución como *Wiedervergeltung*.[45] Precisamente esta interpretación parece contraria al principio del Derecho, pues, en este pasaje, KANT configura el *ius necessitatis* como *ius æquivocum* porque no es una exigencia del concepto del Derecho; simplemente la conducta no ha de ser imputada en tanto concurre una "impunidad subjetiva".[46] La afirmación de que esto implica una excepción a la retribución es irrelevante; como lo sería si se dijese que es una excepción a la retribución el caso de la legítima defensa, que en el texto de KANT estaría aludida cuando habla de *inculpabilitas*. En otras palabras: precisamente porque no es tan claro que el *ius necessitatis* responda al principio del Derecho, KANT lo explica en un anexo a la teoría como *ius æquivocum*, de la misma forma que lo hace con la equidad.

La segunda excepción es otro *casus necessitatis*, en el que KANT, después de afirmar que a varios sujetos que intervienen en un asesinato les corresponde la muerte de cada uno de ellos, la excluye cuando hay una multitud de autores y existe el riesgo de que la situación se convierta en un "estado de naturaleza carente de justicia externa";[47] pero se trata de una decisión del soberano que castiga el delito con otra pena, como la deportación, que permite contener a la muchedumbre.[48] No obstante, creo que tampoco este caso sustenta la conclusión de MERLE y la explicación está ligada además con la respuesta a otro de sus argumentos: que la referencia al *ius talionis* estaría vinculada a un regreso de quien comete un delito al estado de naturaleza.[49] Es cierto que en KANT es posible la exclusión del estado de naturaleza del individuo que no suscribe el pacto como estado de seguridad jurídica, porque el estado de naturaleza no se concibe como un hecho histórico, sino como una hipótesis para la fundamentación metafísica

[39] HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, pp. 236 ss.
[40] Críticamente sobre este intento, PAWLIK en su recensión («Merle-Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus (Buchbesprechung)», *ZStW*, (120), 2008, pp. 131 ss.).
[41] PAWLIK califica el intento, con razón tanto en lo relativo a KANT como a HEGEL, de una "arriesgada construcción jurídico-filosófica" (*ZStW*, (120), 2008, pp. 133).
[42] Precisamente la crítica de VON ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswiffenschaften*, 1834, p. 232).
[43] MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 44.
[44] MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 43.
[45] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, pp. 235-236. Sobre este pasaje, PÉREZ DEL VALLE, «Impunibilitas y el derecho en 'sentido subjetivo'», *InDret Penal*, (3), 2017, pp. 1 ss.
[46] PÉREZ DEL VALLE, *InDret Penal*, (3), 2017, p. 3.
[47] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 334.
[48] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 334. Sobre este caso, también JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 13, cuya solución considera poco compatible con el sistema kantiano.
[49] MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 44, 49-51.

de la teoría del Derecho. Pero puede hablarse, como explica HRUSCHKA en relación con el derecho de propiedad, de dos estados de naturaleza diferentes:[50] un mero estado de naturaleza del individuo; y el estado pre-jurídico de individuo que vive en ciertas sociedades legítimas -como la familia- en las que, sin embargo, no hay ley *a priori* vigente y "no hay juez que decidiera en el caso de disputa sobre mi derecho".[51]

En mi opinión, y como anticipaba, el planteamiento de MERLE es incorrecto: con el fin de oponerse a la retribución, interpreta a KANT de una forma poco coherente con el conjunto de su pensamiento. Es cierto que en KANT se observan textos en los que puede discutirse una formulación tan monolítica de la retribución como la que frecuentemente se presenta. Puede incluso sostenerse que algunos de estos textos podrían estar condicionados a la concepción del contrato social de KANT, como he de explicar de inmediato. Pero esta vinculación es precisamente la contraria a la que sostiene MERLE: fuera del estado civil no hay retribución, sino prevención. En ese mismo sentido, KÖHLER apuntaba ya que no podría concebirse la pena como negación de las relaciones jurídicas hacia el estado de naturaleza o como un enclave del estado de naturaleza en el estado civil.[52] Esta perspectiva no sólo está abonada por la literalidad de los textos -fundamentalmente por una breve mención que se contiene en el opúsculo sobre la Paz perpetua-[53] sino por dos argumentos que, aun diferenciados, se relacionan entre sí.

Por una parte, se exige una interpretación correcta del pacto social y del estado civil en KANT,[54] y de lo que significa el delito en ese contexto: aunque es posible la autoexclusión, un delito cualquiera, por grave que sea, no puede implicar por sí mismo estado de naturaleza -porque, como se ha visto, el estado de naturaleza conoce dos pasos diferentes hasta el estado civil que presupone protección del derecho-[55] y, por ello, ruptura del pacto. Retribución implica en KANT estado civil, y sólo en el estado civil la retribución supone restauración de la justicia.[56] PAWLIK, acudiendo de nuevo al texto sobre la retribución, ha señalado que el presupuesto de la pena es la imposición del soberano a los súbditos y, por tanto, el pacto.[57] Y ciertamente esto es así, aunque es necesario fijar ciertos límites: es un presupuesto, pero no más que un presupuesto,

---

[50] Esta tesis, que he asumido ya en otras ocasiones, es de HRUSCHKA, «Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JZ*, 2004, pp. 1088 ss.

[51] Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación del Kant», *RECPC*, (10-3), 2008, p. 7. Las palabras de KANT son "(...) *es keinen Richter gibt, der in Falle eines Streits über mein Recht rechtskräftig entscheiden würde*".

[52] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 53. No se trata, a diferencia de lo que yo intento en el texto, de una interpretación de Kant, pero tiene una innegable relación con su planteamiento, por la cuestión que discute (si la supresión del momento negativo de la pena por el proceso positivo de restitución de la libertad que es la pena permite una concepción de la pena que regrese al estado de naturaleza, en p. 52) y por la conclusión que alcanza (un imperativo categórico de la ley penal así concebido concibe al autor meramente como un medio, en p. 53, con referencias a lo indicado sobre el imperativo categórico kantiano en pp. 25-26).

[53] Por ejemplo, en la nota al pie que consta en KANT, *Zur ewigen Frieden*, 1795, AA-VIII, p. 349.

[54] Esta perspectiva aparece justificada ya en relación con la venganza y en relación con el contrato social: además de lo señalado en el texto, debe considerarse que KANT y ROUSSEAU mantienen visiones diferentes del estado de naturaleza y, sobre todo, del estado pre-social o pre-jurídico. Cfr. sobre esta comparación, PÉREZ DEL VALLE, «Arrebato, venganza y pena», *LH-José Manuel Maza*, t. II, 2018, pp. 232-234.

[55] HRUSCHKA, *JZ*, 2004, p. 1086; PÉREZ DEL VALLE, *Jakobs-FS*, p. 527.

[56] PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, p. 640.

[57] PAWLIK, *ZStW*, (120), 2008, p. 134.

tal como se comprueba en la distinción entre pena y venganza.[58] El concepto mismo de la retribución en la pena o de la justicia en KANT tiene la tendencia -en palabras de KÖSTLIN- "a mimar el Yo y a atribuir la mínima cuota posible al Derecho (y al Estado)".[59] Para KANT, en la pena, y en la teoría de la pena, se pone de manifiesto una necesidad ética, que es también necesidad ética para el Estado. HRUSCHKA ha resaltado, en ese sentido, que "el Estado de derecho es el único valor absoluto (externo) que podemos promover en este mundo";[60] y la pena -su imposición- no puede quedar condicionada a otras contingencias.[61]

Por otro lado, es también necesario, para una interpretación correcta, un marco conceptual adecuado: no es posible derivar consecuencias de la filosofía práctica de KANT sin prestar atención a la distinción entre lo fenoménico y lo nouménico. No sólo la distinción entre el *homo paenomenon* y el *homo noumenon* -que a veces se entiende como una derivación del paso del *homme* al *citoyen* de ROUSSEAU- es relevante porque para el concepto de libertad respecto a la norma es básico en KANT.[62] También una separación entre la *respublica phoenomenon* y la *respublica noumenon*[63] confirma lo indicado: retribución en la constitución civil de la *respublica noumenon*, "alejada de toda guerra"; y prevención de peligros para los destructores de todo bien a través de la *respublica phaenomenon*, en "guerra para mantener alejados a los destructores de todo bien".[64] La pena retributiva es la pena de la *respublica noumenon*, sin duda; la cuestión es cómo explicar la preeminencia de la necesidad ética en ese marco.

---

[58] Las reflexiones de KANT sobre la venganza, y también su distinción de la pena, se encuentran fuera de la teoría del Derecho, precisamente porque la venganza cae fuera del pacto. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *LH-José Manuel Maza*, t. II, 2018, pp. 434-435.

[59] Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 23. DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 356, cita estas palabras como respaldo a su perspectiva critica, aunque -como se verá más tarde- esto sólo constituye una parte de aquélla. En cuanto a KÖSTLIN, me parece conveniente indicar el contexto de las mismas: se trataba de señalar las deficiencias frente al "idealismo objetivo" -sin hacer mención explícita de HEGEL- que, "sin duda, tenía totalmente la razón (..) cuando afirma la sustancialidad de la voluntad general, cuando hablaba de un espíritu objetivo que vive su vida propia y que establece y utiliza el yo final como su órgano y su medio y que en ningún modo es un producto del mismo" (*loc.cit*).

[60] HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 238.

[61] A mi juicio, KANT busca con esta necesidad moral -que se manifiesta, como se ha de ver, en la concepción de la ley penal como un imperativo categórico- la contraposición a quienes mantienen que existe un derecho del soberano a la renuncia de la pena, lo que no es inusual en la literatura a la que pudo acceder. ENGELHARD explica que todos los delitos pueden ser castigados y deben serlo porque así lo exige el bienestar y la seguridad de todos, aunque "no se puede decir que, de forma natural y en sí, los delitos deben ser castigados"; por eso cabe el derecho de gracia del soberano (*Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit, und besonderst des Rechtes der Natur hergeleitet*, 1756, pp. 12-13). ENGELHARD es citado por ACHENWALL cuando éste, en la *Pars posterior*, desarrolla el concepto de delito (*Iuris naturalis. Pars posterior. Ius familiae. Ius publicum et Ius Gentium*, 1774, § 191, p. 175), y KANT estaba familiarizado con el sistema de ACHENWALL: desde 1767 a 1788 impartió doce cursos sobre "El Derecho natural según Achenwall", tal como subraya BYRD, «Kant's Theory of Contract», en BYRD/HRUSCHKA (eds.), *Kant and Law*, 2016, p. 160, n. 29; de once con seguridad, o posiblemente doce, habla CORTINA, «Estudio preliminar» *a Immanuel Kant. La Metafísica de las costumbres* (traducción de Cortina y Conill), p. XVII. Sobre esta influencia de ACHENWALL en KANT: RODRÍGUEZ ARAMAYO, *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, 1992, p. 276, n. 16.

[62] Sobre la relevancia de esta diferenciación en el concepto de Humanidad, y la distinción entre persona empírica y persona moral, WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, 3 ed., 1960, p. 171.

[63] La distinción en KANT, *Der Streit der Fakultäten*, 1798, AA-VII, p. 110: respectivamente, "*enfernt allen Krieg*" y "*im Krieg, den Zerstören allen Guten, entfernt zu halten*".

[64] KANT, *Der Streit der Fakultäten*, 1798, AA-VII, p. 91. En el sentido del texto, PÉREZ DEL VALLE, *Jakobs-FS*, p. 527.

2.4. Imperativo categórico

La afirmación de KANT según la cual el Derecho penal es un imperativo categórico[65] es crucial si se quiere indagar sobre el significado de la retribución en el pensamiento penal moderno. Esto es así porque, ante todo, para KANT, la pena es una cuestión de la filosofía práctica. El razonamiento sobre la pena en la Crítica de la razón práctica, al que me referí en la introducción,[66] muestra hasta qué punto es así: KANT aborda la cuestión de la pena como una consecuencia del mal moral en virtud de un principio moral en la perspectiva del deber ser.[67] Esta necesidad moral que pone en relación inescindible pena y justicia -el merecimiento de pena de la infracción de una ley moral- se encuentra "en la idea de nuestra razón práctica" y deriva precisamente del propio imperativo categórico como principio moral.[68]

Sin embargo, este análisis podría modificarse o, al menos, matizarse, si se considera la relevancia de la separación, en KANT, entre moralidad y Derecho, o entre Derecho y virtud. Por esa razón, es necesario examinar el significado del principio moral y, por tanto, del imperativo categórico y cuál es su relación con el Derecho. Desde luego, el imperativo categórico ocupa el primer puesto en la jerarquía de los principios morales y políticos,[69] aunque no siempre queda claro qué significa y no son infrecuentes explicaciones incorrectas de su significado.[70] Explícitamente, el imperativo categórico es el "principio de la moral"[71] y constituye un enunciado sintético-práctico a priori:[72] esto significa, en el contexto de KANT, que el imperativo

---

[65] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 331.

[66] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37

[67] Este punto es explicado por COHEN con claridad: "Según Kant, la ética ha de enseñar lo que debe ser" porque la cuestión de la ética es "la posibilidad de otra forma de realidad, la forma de vigencia de lo trascendental" (*Kants Begründung der Ethik*, 1877, p. 4); y lo especifica todavía más en la 2ª edición: : "Según Kant, la ética ha de enseñar, no lo que es, sino lo que debe ser" (COHEN, *Kants Begründung der Ethik nebst ihren Anwendungen auf Recht, Religion und Geschichte*, 2ª ed., 1910, p. 5).

[68] La expresión citada de KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37, como las aludidas en la introducción, se encuentran en la anotación 2ª (*Anmerkung* II) al postulado IV (§ 8. *Lehrsatz* IV): el postulado establece "la autonomía de la voluntad como el único principio de toda ley moral y de los deberes adecuados a ella" y sigue al § 7 relativo al imperativo categórico como principio de la moralidad, al que haré referencia de inmediato; la anotación está dedicada a los conflictos del principio de la moralidad, especialmente en orden al "principio de la felicidad". La pena es, precisamente, lo que no puede ser vinculado al gozo de la felicidad ("*Nun läßt sich mit dem Begriffe einer Strafe, als einer solchen, doch gar nicht das Teilhaftigwerden der Glückseligkeit verbinden*", p. 37).

[69] EWALD, «Comparative Jurisprudence (I); What Was it Like to Try a Rat?», *Penn. Law Review*, (143), 1995, p. 2001. Indica no obstante, que hay dos significados distintos en la moral y en el Derecho: "*The Categorical Imperative has a double use in Kant's late legal philosophy-a juridical use and an ethical use. The distinction comes down to a distinction between external behavior and internal motivation*" (p. 2002).

[70] Cfr. la afirmación de HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 181: "*Der kategorische Imperativ gehört zu den bekanntesten, aber auch gründlich verfälschten Elementen im Denken Kants*"

[71] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 32. KANT califica como "*Princip der Sittlichkeit*", la formulación del imperativo categórico, que es la ley general de la pura razón práctica: "Actúa de tal modo que siempre la máxima de tu voluntad pueda, al mismo tiempo, ser válida como principio de una ley general" (§ 7, p. 30). Se trata de la primera formulación del imperativo categórico tal como aparecía ya en *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* con una redacción similar: "*handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde*" (AA-IV, p. 421); ya en buscaba en *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* buscaba KANT (p. 392: "*Gegenwärtige Grundlegung ist aber nichts mehr, als die Aufsuchung und Festsetzung des obersten Princips der Moralität*"), como subraya KERSTING, «Der kategorische Imperativ, die vollkommenen und die unvollkommenen Pflichten», *ZPhF*, (37), 1983, p. 404. DÖHRING, *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, 1907, p. 6, habla del imperativo categórico como "principio supremo de la razón ética".

[72] KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 420.

categórico no está determinado por la experiencia[73] y que, a diferencia de los meros juicios sintéticos a priori,[74] no contiene ningún juicio en sí, aunque hace posible un juicio moral sobre la acción.[75] El imperativo categórico es, por oposición, lo contrario al imperativo hipotético:[76] un imperativo hipotético es aquél que prescribe un medio necesario para alcanzar un fin, mientras que un imperativo categórico es universal y vigente "para todos los seres racionales (*für alle vernünftigen Wesen*)",[77] porque no está subordinado a un fin contingente.[78] Como ha dejado bien claro PATZIG, en la definición de lo que es un imperativo categórico resulta indiferente la formulación lingüística que se utilice, porque la distinción entre un imperativo categórico e hipotético no depende de cómo se exprese en palabras su obligatoriedad, sino de la fuente de la exigencia obligatoria en la que consiste el imperativo.[79]

La cuestión es, entonces, qué posición adopta el imperativo categórico respecto al Derecho. Desde luego, KANT incluye, en la Introducción a la Metafísica de la Moral, el imperativo categórico entre los conceptos previos ("*Vorbegriffe zur Metaphysik der Sitten*") que considera comunes a las dos partes de la obra: teoría del Derecho y teoría de la virtud.[80] De hecho, si se recurre al orden de las fuentes, resulta razonable la explicación de HÖFFE, para quien la primera teoría de la ética (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, con una primera edición de 1785) sería una parte general que se concreta en dos partes especiales correspondientes a las dos partes de *Metaphysik der Sitten* (1797): la teoría del Derecho (*Rechtslehre*) y la teoría de la virtud

---

[73] Esto es consecuencia de que se trata de una proposición a priori: esta distinción aparece ya con claridad en *Kritik der reinen Vernunft*, 2º ed., 1787, AA-III, p. 28. No obstante, en el momento de la publicación de *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1786), esta idea de los juicios a priori está publicada en la 1ª edición de *Kritik der reinen Vernunft* (1785): esta introducción, previa a la teoría trascendental, es característica de la 2ª edición. Precisamente en el prólogo de la 2ª edición, KANT incide en la distinción entre conocimiento teórico y conocimiento práctico, aunque en uno y otro debe existir una "parte pura (..) en que la razón determine totalmente sus objetos a priori" (*Kritik der reinen Vernunft*, 2º ed., 1786, AA-III, p. 8).

[74] La distinción es relevante, porque "los juicios derivados de la experiencia son, como tales, sintéticos" (*Kritik der reinen Vernunft*, 2º ed., 1786, AA-III, p. 34), y aquí no se trata de juicios de experiencia.

[75] WITTMANN, «Der Begriff des allgemeinen Gesetzes in Kants kategorischen Imperativ», *Arthur Kaufmann-FS*, 1993, p. 364.

[76] "Todos los imperativos son o bien hipotéticos, o bien categóricos" (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA-IV, p. 414).

[77] La expresión aparece de forma reiterada cuando KANT retóricamente para explicar la posibilidad de una ley universal de la moralidad en la forma de un imperativo categórico (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2ª ed. 1786), y especialmente en la pregunta retórica previa a la segunda formulación del imperativo categórico (AA-IV, p. 426).

[78] Cfr. WILLASCHECK, «Recht ohne Ethik? Kant über die Gründe, das Recht nicht zu brechen», en GERHART (ed.), *Kant im Streit der Fakultäten*, 2005, pp. 188 ss., 197-198. En *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* introduce claramente esta distinción: "el imperativo categórico presenta una acción por sí misma como objetivamente necesaria sin referencia a otro fin" (p. 414), mientras que "los fines que un ser racional se representa como efectos de su acción según su voluntad (fines materiales) (...) son fundamento de un imperativo hipotético" (pp. 427-428).

[79] PATZIG, «Der kategorische Imperativ in der Ethik-Diskussion der Gegenwart», en LORENZ (ed.), *Konstruktionen versus Positionen-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, 1979, pp. 232-233. Los ejemplos de PATZIG son ilustrativos e intentan mostrar "la confusión en la concepción popular del imperativo categórico" a la que el propio KANT "ha nutrido con alguna de sus formulaciones" (p. 231): la expresión "vete a casa" es, pese a su formulación lingüística, un imperativo hipotético, porque depende los deseos e intenciones del destinatario; mientras que la expresión "si tienes una familia, cuida de sus sustento" expresa un imperativo categórico pese a que aparentemente se formula de modo condicional (pp. 232-233).

[80] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 227: "*Gesetz* (*ein moralisch praktisches*) *ist ein Satz, der einen kategorischen Imperativ (Gebot) enthält*".

(*Tugendlehre*), y en ellas se desarrolla, respectivamente, el imperativo categórico en el Derecho y el imperativo categórico en la virtud, como ámbitos específicos.[81] Pero, cuando KANT habla del imperativo categórico en el Derecho, podría decirse que lo hace en un sentido diferente. PATZIG entiende que no hay contradicción en este aspecto en KANT, pues su intención es "encontrar un fundamento teórico a partir del cual las normas de conducta moral ya establecidas puedan hacerse inteligibles en una comunidad con unas determinadas instituciones sociales y unas determinadas costumbres".[82] De esa forma se entendería el principio del Derecho en KANT como criterio de generalización de las máximas de los individuos, si cada individuo considera su comportamiento previsto en forma de conducta respecto a las instituciones y costumbres sociales efectivas en su sociedad.[83] De hecho, KANT lo apunta en la introducción común a la que antes he hecho referencia y reitera el concepto que procede de la teoría de la moralidad anterior:[84] "el imperativo categórico, que en suma sólo expresa lo que es obligado, es: actúa según una máxima que a la vez pueda estar vigente como ley general; debes considerar tus acciones, ante todo, según su principio subjetivo". El salto al principio del Derecho llega inmediatamente: "si, sin embargo, este principio ha de ser también válido objetivamente (...), has de someter a prueba de tu razón, por la que pudieras pensarlas simultáneamente como una legislación general". Este es el principio general del Derecho que se especifica páginas después como la posibilidad de subsistencia de diferentes máximas de sujetos libres bajo una ley general;[85] y ésta es la ley general del Derecho: "actúa externamente de tal modo que el uso libre

[81] HÖFFE, «Der kategorische Imperativ als Grundbegriff einer normativen Rechts- und Staatsphilisophie», *FS-Robert Spaemann*en, 1987, p. 91. En este planteamiento queda abierto cuál es el significado de la Crítica de la razón práctica (*Kritik der praktische Vernunft*, 1788), obra a la que se hace referencia en este artículo por sus reflexiones sobre la pena, y me permito avanzar una hipótesis que confirmaría la perspectiva mantenida en el texto: en un proyecto de desarrollo de la metafísica trascendental, la primera edición de la Crítica de la Razón pura (*Kritik der reinen Vernunft*, 1781) crea una parte general que es desarrollada en los principios de una metafísica que pretende "científica" y, por ello, la inicia con la pregunta de si "es posible una matemática pura" (*Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, 1783) y en la indagación sobre la filosofía de la ciencia *(Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft,* 1786). En esa sucesión aparece la primera edición de *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), que sienta sin duda las bases de la filosofía práctica. Pero precisamente en este marco KANT revisa la Crítica de la razón pura, que modifica en bastantes aspectos (es la única obra que en la edición de las obras completas de la Academia de las Ciencias aparece en dos ediciones, y en un tomo anterior la segunda y, tras la segunda edición de aquélla (1787) publica una nueva la Crítica de la razón práctica (1788), aunque esto no afecta a los conceptos sustanciales de la ética. *Grundlegung* sería, en un primer momento, una parte del proyecto de desarrollo de su metafísica; pero en esa función fue sustituido por la Crítica de la razón práctica y posteriormente en la parte general de la teoría moral desarrollada en las partes especiales de Derecho y virtud, tal como indica HÖFFE. En la introducción a la Crítica del juicio, KANT explica la división de la filosofía por los principios en función del objeto: el concepto de naturaleza o el concepto de libertad; en este último caso, que es el de la filosofía práctica, no hay un conocimiento teórico de acuerdo con principios *a priori* (*Kritik der Urteiskraft*, p. 171), sino, como he indicado antes, un enunciado sintético-prácticos *a priori* que es el imperativo categórico (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 420).

[82] PATZIG, en LORENZ (ed.), *Konstruktionen versus Positionen-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, 1979, p. 234.

[83] PATZIG, en LORENZ (ed.), *Konstruktionen versus Positionen-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, 1979, p. 235.

[84] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 225.

[85] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 230. La argumentación de HÖFFE incide en la posición sistemática en la que aparece el principio general del Derecho: KANT no limita la efectividad del principio del Derecho al Derecho privado, porque aparece en el § C de la Introducción a la teoría del derecho (*Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 231).

de tu arbitrio pueda subsistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley general".[86]

Es claro entonces que el imperativo categórico no es un concepto neutral aplicable -y, por tanto, indiferente a su distinción- al Derecho como a la moral, y que está inicialmente referido a la virtud y no al Derecho:[87] la pureza de la motivación es relevante para el juicio ético, pero no para el juicio jurídico, aunque el Derecho está materialmente comprendido en la virtud, porque cumplir algunos deberes jurídicos puede ser deber de la moralidad. Esta consideración del imperativo categórico en el Derecho implica, no sólo que la obligación es distinta en el Derecho y en la moral, sino que no hay en sentido estricto una consideración del Derecho necesaria y exclusiva del Derecho desde la moral.[88]

Regreso, de todos modos, al Derecho penal: cuando KANT afirma que la ley penal es un imperativo categórico, no hace las matizaciones sobre el principio general del Derecho a las que me acabo de referir. En ese sentido, es posible recordar aquí la perspectiva de DYROFF, que entiende que, en KANT, el Derecho penal tiene una raíz diferente de la del resto del Derecho,[89] y, por tanto, independiente del significado del principio general del Derecho. La interpretación correcta deriva, sin embargo, de una contraposición distinción observada por HRUSCHKA entre entre "*voluntas communis*" y "*voluntas propria*":[90] "*voluntas communis*" es disposición de la persona a las acciones correctas; "*voluntas propria*" es la descripción neutral de la voluntad individual.[91] Si se acepta esta distinción, el principio del Derecho quedaría formulado entonces del siguiente modo: actúa externamente de tal modo que el libre uso de tu "*voluntas propria*" pueda coexistir con la "*voluntas communis*" de acuerdo con una ley general.

En KANT, el significado de la ley penal como imperativo categórico es, a mi juicio, la necesidad moral que surge de la contradicción entre "*voluntas communis*" y "*voluntas propria*", y en este sentido la exposición de HRUSCHKA sobre el hurto de frutas (*Früchtediebstahl*) es reveladora:[92] si yo asumo la "*voluntas communis*" de mantenimiento de la institución de la propiedad, debe prohibirse el hurto.[93] Por eso el hurto es una autocontradicción del ladrón, que quiere preservar la institución propiedad ("*voluntas communis*") y, a la vez, infringe conscientemente "*voluntas*

---

[86] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 231.

[87] HÖFFE, *FS-Robert Spaemann*, 1987, pp. 92-99: sustancialmente sobre una diferente fuerza obligatoria de moral y Derecho -sólo el Derecho vincula externamente y por la fuerza- construye KANT ejemplos en los que acción moral correcta está en peligro porque concurren intereses particulares del agente, quien, de todos modos, ha de actuar conforme al deber (moral) y no sólo de acuerdo con la ley.

[88] Esta perspectiva, que defiende KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilopsophie*, 1984, p. 46, asume (pp. 52 s.), y que ha denominado "ennoblecimiento moral del derecho", había sido ya mantenida por COHEN al afirmar que aplicaba los conceptos generales de la naturaleza y de la persona" de la teoría moral al Derecho (*Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., p. 390). De todos modos, como se ha de ver en el texto, no comparto totalmente la crítica de HÖFFE, *FS-Robert Spaemann*, 1987, pp. 95: es cierto que la separación entre Derecho y moral es, al menos deficiente; pero existe una subordinación del Derecho a la moral, precisamente por ese motivo.

[89] DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 356.

[90] HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, pp. 191 ss.

[91] KANT, *Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*, AA-XX, p. 161. HRUSCHKA estima que estas expresiones, son correspondientes a la ulterior diferenciación entre "*Wille*" und "*Willkür*" (*Kant und der Rechtsstaat*, p. 203-204. Por otro lado, "*voluntas propria*" y "*voluntas singularis*" son también diferentes: "*voluntas singularis*" se caracteriza por su solipsismo.

[92] HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 208.

[93] HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 209.

propria") las reglas que derivan de la institución. La aplicación de la ley penal es, por tanto, la consecuencia necesaria de esta autocontradicción de acuerdo con la razón práctica. De ese modo, se observa la relación entre el imperativo categórico, el principio general del Derecho y la exigencia de imposición de la pena: la necesidad moral de la pena supone, en la perspectiva de la razón práctica, garantía de la institución.

2.5. Ius talionis

En todo caso, la perspectiva del imperativo categórico no se presenta de forma aislada: las críticas más o menos explícitas hacia KANT por parte de sus contemporáneos -en ocasiones penalistas- se encuentran precisamente en su desarrollo argumental a partir del *ius talionis*;[94] Desde luego, la interpretación es discutible, pero -como ha observado correctamente MAÑALICH- habría que saber "cuanto relajo admite tal principio antes de convertirse en algo distinto".[95] Esta reflexión tiene lugar precisamente a propósito de la interpretación de WALDROM, que estima el talión compatible con teorías de la pena no retributivas, y de la posibilidad de que lo que ha de ser considerado como equivalente puede definirse de una forma abstracta, de tal modo que el talión, para el autor de un delito sexual con violencia, vendría definido no tanto por la acción de carácter sexual, sino por el trauma sufrido por la víctima. Es posible, sin embargo, que incluso en KANT sea posible defender una cierta relajación del *ius talionis*, y que, como señala WOOD, esta rigidez sea una exageración de los críticos del retributivismo.[96]

Como he indicado antes, es incorrecto entender que, en KANT, el *ius talionis* implica un regreso al estado de naturaleza;[97] sin embargo, la *lex talionis* es, en KANT, un aspecto esencial de la pena como retribución. No es posible desvincular, en la idea de la ley penal de KANT, imperativo categórico y talión, porque ambos expresan la necesidad moral de la pena. Ciertamente, si el imperativo categórico es, como se ha explicado antes, algo incondicional, y el *ius talionis* se expresa en los términos en que KANT defiende la pena de muerte para el delito de homicidio, la visión tradicional parece reforzada. Así fue visto desde los primeros momentos: en sus comentarios a la Metafísica de las Costumbres, publicados en el mismo año que la obra de KANT, STEPHANI hablaba de la teoría de la pena de KANT como "teoría de la pena del Antiguo Testamento".[98] Esta perspectiva crítica no es ilógica, porque cualquier referencia a la ley del talión evoca a las formulaciones de la ley mosaica, o indirectamente a la ley *si membrum rupit* de las XII Tablas, a la que precisamente debe su denominación ulterior[99] y es la usual, sobre

---

[94] Cfr. HÜNING, «Kants Strafrechttheorie und das jus talionis», *FS-Manfred Baum*, pp. 333 ss.
[95] MAÑALICH, «La pena como retribución», *Derecho Penal y Criminología*, (28-83), 2007, p. 83, n. 28.
[96] WOOD, *Kantian Ethics*, 2007, p. 212.
[97] Véase apartado 2.3 sobre la posición de MERLE.
[98] STEPHANI, *Anmerkung zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, 1797, p. 124: "*Das kantische oder vielmehr alttestamentische (Bestrafungs) Prinzip*". Décadas más tarde, se refiere KÖSTLIN a una concepción fundada en la "vieja metafísica" -adjetiva la concepción de KANT como "*altmetaphysiche*"- refiriéndose, sin duda, a la metafísica pre-crítica (cfr. *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, 1845, p. 7) y, por tanto, una dura censura, pues implica contradicción con sus propios presupuestos.
[99] La denominación es latina (*talio*). Cfr. ya con referencias a ambas fuentes al citar las teorías de la retribución OSENBRÜGGEN, «Die Talio im altdeutschen Rechte», *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, (18), 1858, p. 173.

todo en consideración a la defensa de la pena de muerte como castigo justo para el homicidio.[100]

En efecto, la literalidad de las manifestaciones en el Antiguo Testamento apunta a esta idea: "pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal";[101] "el que hiera mortalmente a otro, morirá; quien hiera mortalmente a una bestia, restituirá bestia por bestia; al que maltrata a su prójimo, se le hará como él ha hecho: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se le hará la misma herida que él haya hecho a su prójimo; quien matare a una bestia, páguela, pero quien matare a un hombre será muerto";[102] y "no tendrá tu ojo piedad: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie", con una referencia previa a la sanción en caso de falso testimonio acusando su hermano (se refiere a un círculo amplio con seguridad) de un delito: "le castigarán haciéndole a él lo que él pretendía que se hiciese con su hermano".[103] En relación con la Ley de las XII Tablas, la tabla VIII indica que "si le rompiera un miembro y no hay pacto con él, se aplicará el talión (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*)" y que apunta al sentido estricto de *membrum pro membro*.[104]

Sin embargo, no creo que ésta sea la única perspectiva a la hora de vislumbrar el significado del *ius talionis* en KANT, porque no existe históricamente una sola acepción de los términos;[105] y porque es obvio que en muchas ocasiones es incluso "físicamente inaplicable".[106] La interpretación de las fuentes permite otorgar otro sentido a las palabras y, por tanto, pensar que esta perspectiva podía ser algo diferente.

a) Por una parte, en la ley mosaica, una cierta relativización de su contenido procede de la constatación de que las diferentes formulaciones del Antiguo Testamento responden a distintas perspectivas del sujeto, según se observe desde el autor o la víctima.[107] Esta diferente perspectiva se confirma si se compara el texto del talión, en sentido estricto,[108] que aparece a propósito de la riña entre dos hombres y el daño

---

[100] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 333: "Si ha asesinado, debe morir; pero no hay aquí sucedáneo para la satisfacción de la justicia" ("*Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es giebt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit*").

[101] *Éxodo*, 21, 23-25. La traducción al castellano de los textos bíblicos desde el original hebreo es de NÁCAR FUSTER/COLUNGA CUETO, *Sagrada Biblia*, 1944.

[102] *Levítico*, 24, 17-20.

[103] *Deuteronomio*, 19, 21.

[104] La cita y la traducción proceden de GARCÍA-HERNÁNDEZ, «La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación», *Emerita*, (85-2), 2017, p. 225-226, que cita como fuente a POMPEYO FESTO.

[105] Sobre los diversos sentidos que pueden atribuirse al talión, OEMING refiere "diez tipos de interpretación" del talión. Cfr. «Quinque iura talionis. Quinque iura talionis. Texte, Kontexte und Rezeptionen zentraler alttestamentlicher Rechtsprinzipien», *FS-Kreuzer,* 2014, pp. 42 ss.

[106] La expresión es de BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, p. 66. En todo caso, KANT reconoce esta imposibilidad, porque existen casos que "no admiten réplica", porque es imposible o porque atentaría a la dignidad humana (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 363).

[107] Cfr. DOHMEN, «Exodus-2 (19-40)», en ZENGER (fund.) BERGER/DÖHMEN/SCHWIENHORST-SCHÖNBERGER (edic.), *Herders theologischer Kommentar zum Alten Testament*, 2014, p. 165. Lo cierto es que, en el S. I d.C. puede constatarse una discrepancia entre fariseos y saduceos precisamente en esta cuestión: mientras los fariseos tienden a permitir una compensación económica en ciertos casos, esta flexibilidad es rechazada por los saduceos (PARISI, *The Genesis of Liability in Ancient Law*, 2001, pp. 30 ss).

[108] *Éxodo*, 21, 21-26. "Si en riña de hombres golpeare uno a una mujer encinta, y el niño naciere sin más daño, será multado en la entidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces; pero si resultare

causado a una mujer embarazada, con la referencia anterior a la represalia por el homicidio en un sentido objetivo:[109] la ley del talión es un límite a la regla de compensación desde el plano de la víctima, que se integra como una matización a la aplicación de la muerte como represalia. Es más: a mi juicio, la previsión de la muerte no es propiamente una aplicación de la regla del talión, sino propiamente la pena más grave reservada para las infracciones más graves; por esa razón no se aplica cuando la muerte no se ha causado de forma intencional[110] o se prevé para los casos de lesiones intencionales al padre o a la madre, o de sometimiento a esclavitud de un hombre libre.[111]

b) Por otro lado, en relación con la regla de las XII Tablas *si membrum rupit*, se ha subrayado que el caso de mutilación -*membrum ruptum*- es el único de lesiones que prevé el talión si las partes no llegan a una composición voluntaria[112] y se considera que la norma es más bien un paso en el proceso de confluencia a la sanción de la pena pecuniaria privada.[113] Pero esta interpretación jurídica coincide con las conclusiones en una perspectiva filológica: incluso la palabra *talio* implica precisamente una estructura de correlación cualitativa (*talis/qualis*: cual es el delito, tal será el castigo) y una apertura a la idea de que con ella se alude a una pena -más que igual- equiparable o semejante al delito.[114]

---

algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal". JACOBS mantiene, en ese sentido, que puede diferenciarse entre un talión instrumental y un talión reflexivo, y en ambos reside un criterio de "justicia poética", en el que, para la determinación de la pena apropiada, cuenta más el delito cometido que el daño causado («Natural Law, Poetic Justice and the Talionic Formulation», *Political Theology*, (14-5), 2013, p. 668).

[109] *Éxodo*, 21, 12: "el que hiera mortalmente a otro será castigado con la muerte".

[110] *Éxodo*, 21, 13: "pero si no pretendía él herirle, y sólo porque Dios se lo puso ante la mano le hirió, yo le señalaré un lugar donde podrá refugiarse".

[111] *Éxodo*, 21, 15-16: "El que hiera a su padre o a su madre, será muerto. El que robe un hombre, háyalo vendido o téngalo en su poder, será muerto". Una interpretación en ese sentido, que subraya como lo dispuesto en 21, 25 en relación con los esclavos ("si un hombre golpea en un ojo a su esclavo o a su esclava, y lo deja tuerto, lo pondrá en libertad como compensación por el ojo") muestra como no hay una aplicación textual, en OSUMI, *Die Kompositionsgeschichte des Bundesbuches Exodus 20,22b-23,33*, 1991, p. 118.

[112] SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, 1990, p. 57.

[113] SANTALUCIA, «Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia», *Le délit religieux dans la cité antique*, 1981, p. 44.

[114] GARCÍA-HERNÁNDEZ, *Emerita*, (85-2), 2017, pp. 231 ss.: "su letra, lejos de dictar un riguroso miembro por miembro, mantenía el espíritu abierto del indefinido *talis*, correlativo de *qualis* que calificaba el delito" (p. 238). De hecho, GARCÍA-HERNÁNDEZ cita, en apoyo de su tesis, a SAN ISIDORO DE SEVILLA, que alude a la "similitud en el castigo": "*talio est similitudo uindictae, ut taliter quis patiatur ut fecit*" (p. 236). Por otra parte, GARCÍA-HERNÁNDEZ observa esta estructura correlativa también en los textos del Antiguo Testamento a los que se ha hecho referencia antes (en los textos hebreo y griego hay correlación adverbial, mientras que en el texto latino la correlación es adjetiva), pero no en el Código de Hammurabi (pp. 234-235). Sin perjuicio de que las reflexiones de PATZIG, antes citadas, sobre la finalidad del razonamiento de KANT al fundamentar el principio general del Derecho, no es posible, en mi opinión, dejar de lado la significación del imperativo categórico de la filosofía moral y acudir a otreos concepto diferente en la teoría del Derecho, como pretende POTTER (1998), «The Principle of Punishment Is a Categorical Imperative», en KNELLER/AXINN (ed), *Autonomy and Community: Readings in Contemporary Philosophy*, 1998, sobretodo p. 170. En otra perspectiva, pero coincidente en la conclusión, BINDING (1919), «Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und injuria der Lex XII Tabularum», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, 1919, (40-53), p. 110,

Esta visión del *ius talionis* puede no ser ajena a la de KANT, tal como -con distintos matices- han mantenido algunos autores como BYRD,[115] HRUSCHKA,[116] SCHILD[117] o, con matices, SÁNCHEZ-OSTIZ,[118] para quienes es posible defender que en KANT existe una concepción preventiva de la pena. Aunque no considero correcta esta conclusión,[119] me parece verosímil su interpretación sobre el talión: *ius talionis* es la manifestación de la igualdad; *ius talionis* e igualdad son, en ese sentido, una forma de referir el principio de justicia en la pena estatal, desvinculada de la reacción privada o de la venganza.[120] El significado del *ius talionis* sería "la noción de igualdad entre delito y pena: así como los delitos difieren en su gravedad, las penas difieren en su severidad, y la justa medida de una pena depende principalmente -aunque no enteramente- de la proporcionalidad entre ellos".[121] Este significado flexibiliza -o relaja, con la expresión de MAÑALICH a la que aludía anteriormente- el contenido del talión en el contexto de la teoría de la pena de KANT, sino que aporta un contenido específico a la necesidad moral de la pena. La pena no es sólo *ius talionis*, aunque implique su única idea determinante a priori;[122] la pena es, en KANT, pena estatal (*pœna forensis*) y, por tanto, impuesta de acuerdo con una ley penal, que es un imperativo categórico.

3. El significado de la retribución: el marco de una teoría

3.1. Las exigencias de la teoría de la pena (o sobre qué deben a KANT las teorías de la retribución)

En cualquier forma, la tesis de KANT no es indiscutida, ni tan siquiera entre los partidarios de considerar la pena como retribución: es claro que, en su exposición, quedan abiertas algunas cuestiones que requieren respuestas, y precisamente por esta razón existen interpretaciones que discuten que su teoría sea efectivamente retributiva. Tal vez es algo exagerada la crítica de KÖSTLIN a la que hice referencia antes, cuando aludía a su tendencia "a mimar el Yo y a atribuir la mínima cuota posible al Derecho (y al Estado)";[123] pero me parece claro que una teoría

---

subraya la equiparación al homicidio de las lesiones gravísimas o la mutilación, tal como sucedía también en el Derecho germánico.

[115] BYRD, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution", *Law and Philosophy,* (8-2), 1989, pp. 151 ss.

[116] HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 240.

[117] SCHILD, «Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechens- und Strafphilosophie von Immanuel Kant», *FS-E.A. Wolff*, 1998, p. 439.

[118] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 162: "si por teorías preventivas se consideran aquéllas que atienden al efecto de la ley penal en los destinatarios, la tesis kantiana es prevencionista".

[119] En ese sentido, en PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, pp. 639 ss.

[120] Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, p. 631. Explícitamente KANT señala que "sólo el derecho de retribución (*ius talionis*) (...) puede determinar de forma concreta la cualidad y la cantidad de la pena" (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 332).

[121] WOOD, *Kantian Ethics*, 2007, p. 212. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 162, atribuye al *ius talionis* el efecto de impedir, con la pena, el menoscabo de la humanidad del que la padece. Esto implica, como reconoce, una relación del principio con el imperativo categórico, que, a mi juicio, no existe en HRUSCHKA o en BYRD.

[122] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 363.

[123] Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 23. DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 354, cita estas palabras como respaldo a su perspectiva critica, aunque -como se verá más tarde- esto sólo constituye una parte de aquélla. En cuanto a KÖSTLIN, me parece conveniente indicar el

retributiva de la pena requiere un contenido que el formalismo kantiano no puede aportar. La solución de KÖHLER, al acudir a HEGEL[124] -pero también a ARISTÓTELES o a SANTO TOMÁS DE AQUINO, aunque a esta cuestión haré referencia después- es una prueba de que esta afirmación es correcta. Sin duda, en la crítica de KÖSTLIN estaba presente que la conexión intrínseca entre delito y pena y su relación con lo público es crucial en HEGEL;[125] y que su fundamentación de la pena retributiva es más sólida en una perspectiva argumental.[126] Como institución de la pena retributiva constituye una fundamentación más clara de la pena retributiva como institución.

Precisamente entre aquellas críticas que aíslan las afirmaciones de KANT sobre la pena en la *Metafísica de las Costumbres* minimizando su importancia, se sitúa MURPHY.[127] En realidad, examina detenidamente algunos pasajes sobre la pena que aparecen en otros textos de KANT, para llegar a la misma conclusión: el fin de mantenimiento de un sistema ordenado de libertad que deriva del principio del Derecho se logra principalmente con la disuasión y no con la retribución.[128] Esta perspectiva deja de lado, como ya he explicado frente a las tesis de BYRD, HRUSCHKA o SCHILD, que la pena, en el marco del estado civil en el que rige el principio general del Derecho, es expresión de Justicia pública como contraposición a la represalia privada.[129] En cualquier caso, lo relevante en la crítica de MURPHY es la razón por la que niega que en KANT exista una auténtica teoría de la pena,[130] porque no existe una respuesta plausible a las preguntas que permiten pensar en la consistencia de la teoría: cuál es la naturaleza del delito y de la pena; cuál es la justificación moral de la pena; cuál es su justificación política; cuáles son los principios propios de la responsabilidad penal; y cuáles son las penas apropiadas.[131] La crítica es, al menos, parcialmente discutible:[132] al aislar ciertas afirmaciones se ignora que los distintos textos sobre los fundamentos de la moral han sido desarrollados en momentos históricos diferentes;[133] y, también por esa razón, se tiende un velo que oculta la continuidad entre fundamentos de la moral y fundamentos del Derecho.

---

contexto de las mismas: se trataba de señalar las deficiencias frente al "idealismo objetivo" -sin hacer mención explícita de HEGEL- que, "sin duda, tenía totalmente la razón (..) cuando afirma la sustancialidad de la voluntad general, cuando hablaba de un espíritu objetivo que vive su vida propia y que establece y utiliza el yo final como su órgano y su medio y que en ningún modo es un producto del mismo" (*loc.cit*).

[124] WOHLERS/WENDT, «Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMAN (ed.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte vom Hegels Straftheorie*, 2011, p. 183; BRUCKMANN, *KriPoZ-2* (2019), p. 109.

[125] GIERHAKE, «How justify the Open Court Principle in Criminal Proceedings», en HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, 2019, pp. 111-112 (con una sucinta explicación en n. 36).

[126] MOHR, «Unrecht und Strafe», en SIEP (ed.), *G. W. F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2017, p. 107.

[127] MURPHY, «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review* (87), 1987, pp. 509 ss.

[128] MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, p. 516.

[129] PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, p. 640. No hay, en ese sentido, excepciones a la retribución, frente a lo que piensa MERLE; el ejemplo del *ius necessitatis*, al que también se refiere MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, pp. 524 ss., no es relevante, en la medida que es precisamente *ius æquivocum* (*JRE-27* (2019), p. 641)

[130] MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, p. 512: "*It does show, however, that Kant never developed what might be called a consistent «career view» of punishment*"

[131] MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, pp. 510-511; su conclusión en p. 532.

[132] La refutación de CORLETT, *Responsibility and Punishment*, 2006, pp. 55 ss., a MURPHY señala más bien marcos de desarrollo de la respuesta que respuestas concretas, en mi opinión. Véase el ejemplo de los principios de responsabilidad, que CORLETT admite que existe algún "punto crucial no desarrollado" por KANT, y en el que acude a los criterios básicos de imputación, propios de la responsabilidad moral (pp. 57-58).

[133] Como he intentado explicar en la n. 81, a partir de una tesis de HÖFFE, en esta evolución explicativa influye también la exposición de la razón pura.

A mi juicio, la crítica de MURPHY no se refiere sólo a KANT, sino a cualquier teoría de la retribución,[134] y se basa en una interpretación de la distinción entre lo fenoménico y lo nouménico –a la que me he referido antes al explicar la relación entre pena y estado de naturaleza- que estimo inadecuada. No me parece cierto que, en KANT, la religión y la moral constituyan lo nouménico, mientras que la legitimación del Derecho sea una cuestión fenoménica;[135] esta interpretación deja de lado el relieve de esta dualidad en la conformación del pacto y el estado civil, que KANT ratifica en la diferenciación entre la *respublica phoenomenon* y la *respublica noumenon*[136]. Sin embargo, MURPHY tiene razón al señalar una cierta deficiencia en la respuesta concreta a estas preguntas. Hay, sin duda, aproximaciones a la respuesta: el delito, y el Derecho penal, se enmarcan en los efectos jurídicos de la unión civil, e incluso son descritos de acuerdo con su naturaleza;[137] la pena es una consecuencia necesaria del delito derivada de un principio moral y la ley penal es un imperativo categórico;[138] el Derecho penal es el derecho del titular del poder frente a los que le están sujetos;[139] y expresamente indica que el *ius talionis* es la respuesta del principio de igualdad y de justicia en relación con la cualidad y la cantidad de las penas.[140]

Sin embargo, es posible que KANT no quisiera dar una respuesta precisa, porque ello excede el plano formal en el que aborda la cuestión y, como he indicado antes, lo que a mi juicio representa el problema sustancial de su teoría de la retribución: no desarrolla el significado de la retribución. Pero, lo que sin duda aporta KANT al discurso sobre la fundamentación de la pena, son los planos esenciales que permiten debatir sobre el contenido de la retribución, y que están relacionados entre sí: la dimensión moral de la pena estatal y el marco de fundamentación en la razón práctica.

---

[134] Esta afirmación tiene varias expresiones en el texto de MURPHY, pero ya es sintomática su afirmaci+on de que, en BENTHAM si aparecen estas respuestas (*Columbia Law Review*, (87), 1987, p p. 508-509): a la pregunta "*Does philosopher X have a theory of punishment?*" se responde con la pregunta "*Does philosopher X deal systematically with these five questions?*", y aquí subraya: "*The answer for Bentham, for example, is clearly yes and thus it seems reasonable to regard Bentham as having a philosophical theory of punishment*". En todo caso, hay algunas aseveraciones claras en ese mismo sentido; por ejemplo, al atribuir dureza de corazón o falta de humildad a quienes defienden la retribución: "*persons who advocate retributivist goals for punishmentreveal serious character defects -specially a hardness of heart and a lack of proper moral humility*" o al mantener que una teoría que pretenda ir más allá de la disuasión es un intento de jugar a ser Dios ("*an attempt to play God*") sin atención a nuestras propias deficiencias o a la influencia de la suerte en nuestros logros en la virtud (p. 5717). Esta última crítica, por otro lado, sería perfectamente aplicable a la prevención especial, puesto que la corrección implica, necesariamente, superioridad moral de quien define la dirección hacia la cual el sujeto ha de ser corregido.

[135] MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, p. 517. No creo que exista una separación tal como la describe MURPHY ("*the noumenal world is the home of the moral dispositions, and this world is unavaliable to empirical investigation*");

[136] A esta cuestión también he hecho referencia antes, y a su base en la idea del paso de *homme* a *citoyen* de ROUSSEAU; en KANT es claro, a mi juicio, en *Der Streit der Fakultäten*, 1798, AA-VII, p. 91.

[137] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, pp 318 ss., 331, con la separación entre delito público (*crimen publicum*) y delito pivado, e incluso, descriptivamente, la distinción entre delitos de *indolis abiectæ* y de *indolis violentæ*.

[138] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37; EL MISMO, 1797, AA-VI, p. 331.

[139] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 331: "*Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen*".

[140] KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 332.

3.2. La dimensión moral de la pena estatal

Que la ley penal es un imperativo categórico significa, como se ha mostrado, que ésta tiene una clara dimensión moral.[141] La afirmación de KANT, a mi juicio, puede ser entendida en dos sentidos: por una parte, que la ley penal es una exigencia moral incondicional que no puede alterarse con motivo de la conveniencia o preferencia de alguien; y, en segundo lugar, que la ley penal puede ser derivada de alguna de las formulaciones del imperativo categórico o de su contenido sustancial.

El primer sentido es, precisamente, el que destacaban JELLINECK o AHRENS como carácter absoluto, y al que me he referido anteriormente:[142] la pena como necesidad moral. El contenido de esta necesidad moral se vincula al merecimiento -en ese aspecto es complementario para KANT, como se ha visto, el *ius talionis*- por el hecho cometido: el merecimiento de la pena y su proporcionalidad son manifestación de la justicia sustantiva de la ley penal.[143] El merecimiento retributivo -o la retribución sobre la base del merecimiento de la pena- se aplica a agentes que son moralmente responsables de sus acciones; es la respuesta apropiada, en tanto merecida, a la infracción, pues con la culpabilidad se transmite al infractor una condena moral por la infracción.[144] Este fundamento moral explica que la pena no es sólo uso de la fuerza: la *pœna forensis*, como pena estatal, supone uso de la fuerza, porque debe ser impuesta, cuando es "merecida", sin consideración a la voluntad del culpable.[145] La pena no es simplemente sufrimiento,[146] sino un sufrimiento moralmente necesario. Este significado de la necesidad

---

[141] KÖHLER advierte que, desde un punto de vista metodológico, si la categoría de la pena no es contemplada en la perspectiva general de la ley moral, quedaría abierto qué significa el imperativo categórico de la ley penal en el plano del Derecho (*Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 19).

[142] V. supra apartado 2.2.

[143] Cfr. FINNIS, entendida justicia como "*fairness*": el principio procesal sería el "*due process of law*", y el reconocimiento a las consecuencias del principio de legalidad (*Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 261),

[144] TASIOULAS, «Punishment and Repentance», *Philosophy*, (81), 2006, p. 294.

[145] Este aspecto es destacado por FINNIS, «Retribution: Punishment's Formative Aim», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, pp. 173-174), y es característico en SANTO TOMÁS DE AQUINO. Ciertamente, esta visión de la pena *contra voluntatem* es, como indica FINNIS, esencial en SANTO TOMÁS DE AQUINO, y esto es evidente en *S.Th*, en I-II, q. 46, a. 6, ad.2 ("*est de ratione pœnæ quod sit contraria voluntate*"), aunque aquí con referencia a su carácter aflictivo y a su relación con la culpa. Pero es los Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo donde aparece detalladamente: "*non autem defectus quilibet ad pœnam obligat (sunt enim defectus quidam involuntarii magis misericordiam quam iram provocantes) sed illi solum defectus qui ex actibus voluntatis relinquuntur pœnam merentur in eo qui voluntarie in defectum inducitur; unde cum transeunte actu remaneat defectus, oportet quoa etiam reatus remaneat post actum*" (*II Scriptum super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis*, d. 42, q. 1, a. 2). A esta relación con el merecimiento regresaré posteriormente, cuando explique el sentido de la pena en el marco de la razón práctica.

[146] TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 294, subraya esta crítica citando la expresión "ceremonia del sufrimiento" en NIETZSCHE, con expresa referencia a WILLIAMS, «Moral Responsibility and Political Freedom», *Cambridge Law Journal*, (56), 1997, p. 100. ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, 2018, p. 7, n. 15, se refiere a esta expresión y la enlaza con FOUCAULT y con la frecuencia con la que éste utiliza esta expresión (ceremonia) referida al castigo o incluso literalmente al sufrimiento. Por una parte, la expresión de NIETZSCHE (*Zur Genealogie der Moral*, II.13) es citada junto con el "escarnio del enemigo" (cfr. PÉREZ DEL VALLE, *FS-Jakobs*, p. 515), lo que abunda en la conclusión de TASIOULAS, pues el "escarnio del enemigo" es -independientemente de su falta de legitimidad- una forma de denuncia. Por otra, la asociación a esta idea de la pena como sufrimiento y denuncia en FOUCAULT puede tener la referencia general (respecto a toda pena en su origen y, por ello, también la del sufrimiento corporal, discontinuo del Antiguo Régimen) o, en sentido estricto, únicamente a la pena de los "reformadores", que sustuyen el castigo corporal con la

moral excluye la interpretación usual que supondría identificar el carácter absoluto de la retribución con la total objetivación de su significado: no se retribuye el comportamiento ilícito sino al autor culpable, y éste puede ser culpable ante el Derecho sólo en la medida que moralmente lo es.

El segundo sentido, que comportaría entender la ley penal como una derivación del imperativo categórico, puede entenderse también como condicionamiento de la culpabilidad -por tanto, de lo subjetivo en un sentido amplio- porque se trata de una atribución a la libertad humana; este significado, que ha de ser examinado a continuación, es la derivación del imperativo categórico a la ley penal.[147] El carácter absoluto de la pena -lo categórico del imperativo que significa la ley penal- no supone ausencia de fin ni la mera negación empírica de la libertad;[148] al contrario, esta necesidad moral de la pena en relación con la culpabilidad es también constitutiva de la restauración del orden quebrantado, como anticipaba DE CASTRO: "lo propio de la pena es poner en orden la culpa; es decir, restaurar el orden que la culpa había dañado".[149] El quebrantamiento del orden, que ha de ser restaurado, es precisamente el delito.[150] El delito es, por tanto, quebrantamiento del orden jurídico, entendido como orden de la razón práctica; por eso el delito constituye fundamentalmente una máxima de conducta del sujeto en el ejercicio de su libertad, "que afirma lo contrario a la razón como razón".[151] Pero el delito, como presupuesto de la pena, sólo se puede entender como expresión de la culpabilidad del sujeto, porque más allá de ésta no cabe una pena. El presupuesto de esta afirmación también se encuentra en KANT: como indica SÁNCHEZ-OSTIZ, "el ser humano es ser moral en cuanto que su existir lleva aparejado la conciencia de la propia vinculación a leyes".[152]

Sin embargo, esta perspectiva de la necesidad de la razón práctica, en sus consecuencias, no es sólo asumida en la visión kantiana de la pena, para la que la culpabilidad como imputación de la libertad exterior del sujeto es garantía frente a la instrumentalización del sujeto y, por tanto, su utilización como un mero medio para lograr otro propósito. Adolf MERKEL, que desligaba la retribución del imperativo categórico,[153] admite -aun en su perspectiva determinista- que la

---

prisión, como soporte institucional de la pena "en el juego social de los signos del castigo y de la fiesta parlanchina que los hace circular" (*Surveiller et punir*, 1975, pp. 154-155).

[147] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 9.

[148] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 14.

[149] DE CASTRO, *De potestate legis pœnalis*, 1550-1959, I.3 (18B): "*pœnæ enim convenit proprie ordinare culpam, ut videlicet corrigat ordinem, quem perverterat culpa*". Sobre esta cuestión -tomo de allí la traducción al castellano- especialmente CRUZ CRUZ, «Interpretación de la pena y de la ley penal según Alfonso de Castro», en EL MISMO (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, 2010, p. 61. La completa exposición de CRUZ CRUZ no implica, pese a lo que podría parecer, que DE CASTRO defiende una teoría de la unión; su teoría es, más bien, una visión de la retribución vinculada al bien común como la que expongo en el texto, que permite explicar ciertos efectos reflejos de la pena.

[150] RODRÍGUEZ MOLINERO, en su lectura de DE CASTRO, afirma que se trata de un "elemento objetivo absoluto" o "material" (*Origen español de la ciencia del derecho penal: Alfonso de Castro y su sistema penal*, 1959, p. 224).

[151] GIERHAKE, «Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen», *ZRPh*, (1), 2017, p. 94.

[152] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 196. Aunque, y en esto mi propuesta difiere sustancialmente de la visión kantiana, en esta perspectiva la autonomía implica un sujeto autolegislador; es más: "el sujeto humano, en el planteamiento kantiano, no puede sino obrar siendo legislador" (*ibidem*).

[153] MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der "Neuen Horizonte" In der Strafrechtswissenschaft*, 1892, p. 31: "¡Como si la retribución no fuese retribución si no tuviese lugar sobre la base del imperativo categórico!"; también en EL MISMO, «Über vergeltende Gerechtigkeit», *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1899, p. 13. El reproche de

hostilidad frente a una pena retributiva está vinculada al desvanecimiento del autodominio ético del individuo, de la responsabilidad y sus exigencias de mérito y de culpabilidad.[154] En otras palabras: se rechaza que la pena es retribución porque se diluye la responsabilidad individual, bien porque se niega la capacidad de exigirla, como se haría cuando la prevención especial se convierte en el único fin de la pena; bien porque se considera ineficaz por sí misma y se restringe a una función subordinada, como sucede en la perspectiva de la prevención general, negativa o positiva. A mi juicio, la necesidad moral de la pena -su exigencia desde el punto de vista de la razón práctica- es precisamente la vinculación necesaria entre culpabilidad y pena. KANT lo había referido, como se ha visto, en la relación ineludible entre la pena, como "mal físico" que constituye la consecuencia; y el delito, que es el "mal moral" y, por tanto, el hecho culpable.[155] Esto no es refutado en sí por MERKEL, aunque la culpabilidad, en su determinismo, es básicamente distinta de la culpabilidad de KANT: MERKEL niega el punto de partida del imperativo categórico, que entiende exclusivamente en su significado en la moral y que, por esto, tiene su fundamento en la autonomía.[156] Pero esta afirmación puede llevarse más allá: si es posible afirmar una necesidad moral de la pena sin libertad, cabe mantenerla también en el marco de una libertad no autónoma (kantiana), sino heterónoma.

La consecuencia de reconocer esta necesidad moral no sólo se refiere a la misma pena, aunque es lo más evidente: implica la preeminencia de la culpabilidad que determina la responsabilidad y que condiciona la teoría de la pena.[157] La relación entre retribución y culpabilidad es precisamente la base de esta necesidad moral: en palabras de Armin KAUFMANN, cuando la legitimación de la pena que se fundamenta en la culpabilidad y que no puede superar la medida de la culpabilidad, la idea de retribución es imprescindible.[158] De hecho, la prohibición del castigo de quien es moralmente inocente es, en ese sentido, una manifestación de esta dimensión moral de la pena que parece no discutible,[159] porque la pena sólo puede dirigirse a

---

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 10, n. 16 *in fine*, es razonable en su perspectiva, pero también en la adoptada en el texto: la de MERKEL es una visión del fin "naturalista-positivista" centrada directamente en fines sociales.

[154] MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, p. 44. MERKEL intenta hacer compatible retribución con determinismo o, con sus palabras, "de determinismo y responsabilidad" (p. 56), pues lo sucedido tiene su explicación en el carácter del sujeto y a él se imputa sin necesidad de acudir al libre albedrío (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889, § 28, p. 74). Esta imputación de responsabilidad se comprueba en la consciencia de la propia causalidad y en juicios de valor referidos a nuestras acciones que se acuñan en la sociedad (*Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, p. 57).

[155] Cfr. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

[156] No sólo en cuanto afecta a la libertad; también porque esta visión del imperativo categórico llevaría a una justicia que no toma en consideración los intereses de la sociedad (MERKEL, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1899, p 13).

[157] En este punto, ya he subrayado la afirmación de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 163, que me parece esencial, sobre la dependencia de la teoría de la pena respecto a la teoría de la imputación en KANT.

[158] Armin KAUFMANN, «Die Aufgabe des Strafrechts», en EL MISMO, *Strafrechtdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammmelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 265.

[159]Aquí la perspectiva puede ampliarse al rechazo de la condena del inocente en sentido amplio, tal como se trata como argumento hoy en el Derecho anglosajón; TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, pp. 281-282, por ejemplo, examina como, en el caso de HART, aparece como una "restricción deontológica". En esta perspectiva amplia, la cuestión había sido examinada por DE CASTRO al señalar que no es posible una condena de muerte para un sujeto por un crimen cometido por otro ("*judice humanum non posse unum pro peccato alterius punire", o "nulli humano judici liceat unquam unum hominem pro peccato alterius occidere*", *De justa haereticorum punitione*, 1547-1773, cap. II, XI, p. 123), que relaciona esta cuestión con la pena impuesta a quien es responsable del delito ("de un crimen propio", como indica, en relación con la

agentes moralmente responsables, capaces de comprender que el hecho está prohibido y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.[160] Esta necesidad moral es lo "absoluto" de la pena como retribución; pero, como ha destacado RONCO, no puede confundirse el fundamento -su necesidad moral- con la aplicación de la pena: las exigencias de justicia no son independientes del bien común.[161] Por tanto, lo "absoluto" no lo es en sentido estricto: ni es absoluto porque esté vinculado a un imperativo categórico sobre personas totalmente autónomas que dictan sus propias leyes; ni es absoluto porque abarca la totalidad de la pena concreta impuesta al autor. Necesidad moral no significa necesariamente que la pena prevista para un hecho determinado sea de forma exacta e inapelable la pena justa, y que sólo es justo su cumplimiento exacto e íntegro. Esta matización requiere tomar en consideración dos afirmaciones previas que derivan del razonamiento precedente: que el discurso sobre la razón y el sentido de la pena pertenece a la filosofía práctica;[162] y que la respuesta a la cuestión sobre el fundamento y fin de la pena es prepositiva y se refiere a la fundamentación de las normas con bastante intención crítica respecto a la realidad empírica.[163]

3.3. Razón práctica y retribución

En efecto, la pregunta sobre la razón y el sentido de la pena se refiere, por tanto, a la razón práctica en tanto moralidad.[164] Algo moralmente necesario no puede ser sencillamente un mal[165]; que exista una dimensión de la pena como mal -como sufrimiento- exige la indagación de su principio más general, que es el de la buena acción, y no como algo relativo ("bueno para algo"), sino absoluto, propio de la misma constitución categorial del ser humano.[166] Si se aborda en la perspectiva de la ley natural, esto supone indagar el principio de una acción correcta -la razón práctica alude por esto a un principio moral- sobre el que es posible decidir y

---

prohibición de imponer una pena de muerte a quien no cometió el delito, que contiene la segunda cita, BULLÓN Y FERNÁNDEZ, *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, 1900, p. 58).

[160] TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, pp. 284, en esta ocasión en relación con la concepción de la pena como censura, en el sentido comunicativo de VON HIRSCH (cfr. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, pp. 20 ss.). A su juicio, en el proceso de explicación de VON HIRSCH, el valor central (*core value*) es la justicia retributiva (p. 285).

[161] RONCO, *Il problemma della pena*, 1996, p. 146.

[162] Se entiende filosofía práctica en el sentido de FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 12: "*Practical philosophy is a disciplined and critical reflection on the goods that can be realized in human action and the requirements of practical reasonableness*".

[163] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 2; también pp. 5-6, 8.

[164] Razón práctica es, en esa perspectiva, no sólo la racionalidad en la acción (FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 12); en la medida que exista una referencia a la exigencia de cumplimiento de las normas sobre los sujetos o a requerimientos mínimos de justicia de esas normas, razón práctica es moralidad (FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, pp. 14-15), aunque la incertidumbre que puede ocasionar la palabra moral lleve en ocasiones a hablar de razón práctica (*loc.cit*). En realidad, es la integración de la prudencia en el Derecho, como lo considera RONCO, *Il problemma della pena*, 1996, pp. 147 s., y de forma diferente a KANT, que trata la cuestión de la equidad como *ius æquivocum* (cfr. n. 46).

[165] En relación con las leyes, la cuestión fue contemplada por SUÁREZ, pues es posible una ley "odiosa" -como la ley penal o la ley fiscal- aunque como fin de toda ley se busca algo favorable: "*ex parte materiæ legis hoc non repugnare, etiamsi ex parte finis aliquid favorabile per omnem legem intendatur*" (*De legibus*, 5, c. 2, n.5). Sobre esta cuestión, LEOCATA, «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en CRUZ CRUZ (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, 2010, pp. 17 s.

[166] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 21. Otra cuestión es, como destaca KÖHLER, que la base aristotélica de lo bueno y de la felicidad, haya sido relativizada en la modernidad -en un sentido hobbesiano o kantiano- por la autonomía del sujeto (p. 21, n. 32); pero esto no modifica el reconocimiento del principio de la buena acción como punto de partida.

actuar en formas compatibles con la realización integral de la persona.[167] KANT tenía esta pretensión: la retribución en KANT pertenece al ámbito de la razón práctica y, precisamente por ese motivo se desarrolla en torno al imperativo categórico y al *ius talionis*, pues -como se ha visto- tanto su imposición como su proporcionalidad son exigencias éticas, pero en un orden lógico-formal, que es el propio de discusión de la ética y del Derecho en KANT.[168] Precisamente JAKOBS señalaba dos preguntas ante la idea de la falta de encaje entre adecuación al Derecho y prudencia y la respuesta de KANT: por un lado, no es legítimo perseguir ninguna utilidad de la pena sin que previamente no se haya establecido jurídicamente la pena que merece el autor; por otro, una vez que se ha establecido que lo merece, debe ser castigado sin ponderaciones de prudencia.[169] Esta divergencia entre prudencia y razón práctica en KANT, que no implica -como en ocasiones se ha querido ver, un rigorismo simplista-[170] es un aspecto angular que explica su teoría de la pena.

La discrepancia con la teoría que intento esbozar afecta, por tanto, a dos aspectos esenciales: por un lado, una retribución conforme al principio de la razón práctica -en el sentido de FINNIS, por tanto, moralidad- que se prolonga a la ley natural tiene un contenido material en tanto constituye una institución de la comunidad política; por otro, la necesidad moral de la pena como retribución en ese sentido no se extiende a la pena concreta.

1. El primer aspecto constituye lo absoluto de la teoría de la pena: sólo el castigo (retribución) es una reacción necesaria del delito de acuerdo con la razón práctica,[171] y esta necesidad moral se manifiesta no sólo como justicia conmutativa, sino también -y fundamentalmente- como justicia distributiva.[172] En efecto, "por la compensación de la

[167] En la perspectiva del Derecho natural, en este sentido, GEORGE, «Natural Law», *Harv. J. Law Public Policy*, (31), 2008, p. 172.

[168] FINNIS, «The Nature of Law», en TASIOULAS, (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* [en prensa en Cambridge University Press, con citas del manuscrito facilitado personalmente por el autor] describe la perspectiva de KANT de este modo: "(..) *the alternative to it proposed by Kant to rescue morality from utilitarianism's reduction of third-domain rationality to fourth-domain, technological reasoning. For Kant's rescue effort made the analogous mistake of seeking moral rationality's paradigm in the second domain (retaining from the third domain little save the idea of bringing order into one's free choices – 'autonomy'), and modelling all ethical argument on logic's mission to eliminate contradiction*" (p. 13). El orden de los ámbitos referidos y que FINNIS toma de SANTO TOMÁS DE AQUINO (esta diferenciación ya la apuntaba, sin desarrollo, en la primera edición de *Natural Law and Natural Rights*, 1980, pp. 136 y ss), es el siguiente: natural, lógico, instrumental y moral; la conclusión es, por tanto, que el discurso de la ética de KANT, a excepción de la idea de libertad, se desenvuelve en el orden lógico y no propiamente moral.

[169] JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 2004, p. 11.

[170] JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 2004, p. 13.

[171] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th*, I-II, q. 87, a. 1: "Mas es evidente que todas las cosas que están bajo un orden, en cierto modo, son una sola cosa respecto al principio de su orden. De ahí que, si se levanta alguien contra ese orden, es lógico que sea humillado por el orden mismo o por el que lo preside. Ahora bien, siendo el pecado un acto desordenado, es evidente que quienquiera que peca obra contra algún orden. Y por eso es lógico que sea humillado por ese mismo orden. Esta humillación es el castigo".

[172] FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 186. La vinculación de la justicia distributiva y, por tanto, del *suum quique tribue* (KÖHLER, «Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit», *ARSP*, (79), 1993, pp. 457 ss.) con la pena ha sido objeto de reflexión por Arthur KAUFMANN, «Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay», *Hilde Kaufmann-GS*, 1986, pp. 428 ss.): la pena es un acto de justicia distributiva, como forma originaria de la justicia y con la finalidad de *suum quique tribuere* (p. 428), y al dar "lo suyo" es *pœna medicinalis* (p. 430) y, por tanto, prevención especial (p. 428), que es el fin principal de la pena (p. 431). No sólo se evita la idea de justicia conmutativa, sino que -a mi juicio- se restringe la idea de justicia distributiva: cuando Arthur KAUFMANN reconoce la modificación de su criterio original (*GS-Hilde Kaufmann-GS*, 1986, p. 430) en el que la retribución era el sentido

pena se reintegra la igualdad de la justicia",[173] que no es igualdad entre delito y pena en el sentido kantiano (*ius talionis*),[174] sino restauración de la justa distribución de ventajas y desventajas que ha alterado el delito.[175] No se trata simplemente de negar el delito, sino del restablecimiento de un estatus de justicia distributiva,[176] y por esa razón, esta restauración tiene lugar en la perspectiva de lo público.[177] En ese sentido, la retribución que se postula no sólo mira hacia atrás al juzgar el comportamiento que constituye el delito (backward-looking), sino que se dirige hacia el futuro (forward-looking) asegurando que, en una consideración global del periodo de tiempo

---

primario de la pena (*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 201 ss.) pero admite que siempre puso en primer lugar la persona del autor (*Hilde Kaufmann-GS*, 1986, p. 430). La atribución de culpabilidad de la persona en el Derecho ha de ser siempre un acto de justicia distributiva.

[173] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th*, I-II, q. 87, a. 6: "*ut per recompensationem pœnæ reintegretur æqualitas iustitiæ*". Las palabras de Armin KAUFMANN, en EL MISMO, *Strafrechtdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammmelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 273, son muy claras en ese sentido: "la pena encuentra su legitimación como justa compensación por el injusto culpable".

[174] En su proporcionalidad, tal como señalé antes, citando a WOOD, *Kantian Ethics*, 2007, p. 212.

[175] FINNIS, «The Restoration of Retribution», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 164. La ventaja obtenida por el autor del delito debe ser entendida necesariamente como un "botín o una satisfacción psicológica, sino el hecho de haber perseguido los propios fines, pese a que el Derecho requería la abstención de esa conducta" (por FINNIS, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 177).

[176] PAWLIK introduce la idea de que la comunidad jurídica pena al autor del delito por la infracción de su deber para hacerle participar de la conservación del estado de primacía del Derecho, de modo que la comunidad confirma su voluntad de ayudar a la consecución también en el futuro de una real eficacia del principio de igualdad de todos los sujetos de Derecho (*Das Unrecht des Bürgers. Grunlinien einer allgemeiner Verbrechenslehre*, 2012, p. 89). Esta idea, que surge a partir de la visión de la justicia de STAHL, *Die Philosophie des Rechts-Bd. 2*, 1878, p. 166: sobre la justicia como "más alta excelencia del poder moral"), ligada a la de HEGEL, pretende romper el "atavismo" clásico de la secuencia del mal por mal. A mi juicio, el planteamiento de PAWLIK puede interpretarse, en términos de la justicia en sentido aristotélico, como una aproximación a la idea de justicia distributiva.

[177] Esto es algo inequívoco en HEGEL, tal como destaca KÖSTLIN y reconoce GIERHAKE (véase n. 123): se observa en la distinción de Hegel entre la confrontación del delito como algo negativo ("lesión de la voluntad especial del lesionado") y a su "existencia positiva como lesión", que "es sólo como la voluntad especial del delincuente" (*Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden (7)*, 1821-1970, § 99). No se trata de si la pena es un mal o un bien -y aquí la crítica tajante de HEGEL a las teorías relativas, que superficialmente parten de la pena como un mal, que surge como bien para lograr ese fin de corrección del delincuente o de prevención general-, sino de ilícito (*Unrecht*) y justicia (*Gerechtigkeit*). La integración que, en este punto, propugna GIERHAKE, en HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, 2019, p,112 en nota al pie) con la administración de justicia por un tribunal (*Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden (7)*, 1821-1970, § 219), pero que hay que añadir la claridad cuando aborda aquí la distinción de la venganza: lo meramente subjetivo de la retribución de la venganza, frente a la pena impuesta por el tribunal: objetivamente, como reconciliación de la ley vigente, restaurada por la revocación del delito; en la perspectiva subjetiva que afecta al delincuente, como satisfacción de la justicia (*Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden (7)*, 1821-1970, § 219). Ciertamente, HEGEL indica que esto tiene lugar de forma mediata, porque hay una voluntad particular (la del juez), que se ejerce como fuerza en el Derecho (*Enziklopädie der philisophische Wissenschaften im Grundrisse* (ed. Niclin/Pöggeler), 6ª ed., § 501), aunque aclara -en el sentido subrayado antes- que el tribunal, en tanto conoce y actúa en interés del Derecho como tal, transforma la existencia de lo que podría coincidir con una venganza, en pena (*Enziklopädie der philisophische Wissenschaften im Grundrisse* (ed. Niclin/Pöggeler), 6ª ed., § 531). Cuestión diferente es la consideración de la venganza como un equivalente funcional de la pena, tal como lo defiende SILVA SÁNCHEZ, y que, por tanto, pueda mantenerse una reducción de la pena impuesta a partir de una separación entre la dimensión simbólica y la dimensión aflictiva de la pena (*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 138).

transcurrido desde antes del delito hasta después del castigo, nadie ha resultado finalmente desfavorecido por la decisión de "permanecer dentro de los confines del derecho".[178] Esta perspectiva explica la necesidad moral de la ley penal y aporta su legitimación política: en la medida que sólo la pena puede garantizar esta restauración del orden jurídico, la promulgación de leyes penales en estos términos constituye una obligación de los gobernantes.[179]

2. El segundo aspecto puede formularse de este modo: la retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica no comprende todos los extremos que implica la pena concreta con la que se ha de castigar el hecho.[180] FINNIS afirma que, "mientras claramente quien comete un delito ha de ser ordinariamente castigado, las cuestiones de tiempo, lugar, circunstancias y grado son materias de puro Derecho positivo y no pueden ser determinadas por el razonamiento moral abstracto".[181] Esta afirmación debe ser, a mi juicio, matizada: a diferencia de la necesidad del castigo, la pena prevista por la ley para cada caso no es una conclusión determinada por la ley natural y, por tanto, la necesidad moral de la retribución no la comprende.[182] Sin embargo, algunas

---

[178] Por FINNIS, en EL MISMO, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 177.

[179] FINNIS, en TASIOULAS, (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law*, p. 14. No obstante, en este punto, en que aborda la naturaleza del Derecho en su vinculación con la naturaleza de las personas, FINNIS añade al castigo, la disuasión y la supresión de futuras infracciones ("*and for their punishment, and the deterrence and suppression of future offences*"). Una interpretación coherente de su pensamiento indicaría que estas referencias son añadidas a la retribución, precisamente porque no se engloban en el concepto de pena En otras palabras: la obligación de los gobernantes no sólo comprende la pena que retribuye, sino otros medios distintos de la pena que constituyen prevención. Sin embargo, he de reconocer que el texto genera ciertas dudas sobre su correcta interpretación.

[180] La propuesta de VILLEY de una filosofía del Derecho penal sobre la base del Derecho natural clásico («Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel clasique», *Archivs du philosophie du droit*, (28), 1983, pp. 181 ss., 185 ss.), aunque se refiere a las consecuencias de la adopción de un modelo de justicia divina (*Archivs-28*, p. 198): pero esto no supone pensar -aclara- que el ejercicio del poder penal sea de forma directa una imposición anticipada de la retribución de los pecados, como imaginaron algunos soberanos bajo la influencia de la escolástica decadente, pues carecerían de los medios para hacerlo (p. 202). VILLEY se apoya en tres principios: justicia retributiva, como primer grado de la Justicia según el cual el equilibrio que rompe el delito queda restaurado por una pena equivalente (p. 199); apertura al perdón entendido como epiqueya (ἐπιείκεια-epieíkeia), que determina la disminución de las penas o su remisión, y en el que da entrada también al perdón de la víctima en tanto que pueda renunciar a su poder de *vindicatio*, en aquellos casos en que sólo resultan lesionados sus intereses y no el orden público (p. 200); y temporalidad, de la que derivan en un segundo nivel la utilidad (sólo han de castigarse los hechos que de forma inmediata sean destructivos de la vida en común) y, por ello, la proporcionalidad en la medida de la pena (en la que influyen la salvaguarda del orden social, sin olvidar que la pena es medicinal y su factor educacional) (pp. 201-202).

[181] FINNIS, EL MISMO, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, pp. 164-165.

[182] A mi juicio, esto debe derivarse de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th*, I-II, q. 95, a. 2: "la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural"; en ese sentido, también CATHREIN, *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschließlich der rechtlichen Ordnung-Bd. 1 (Allgemeine Moralphilosophie)*, 1904, p. 410. SANTO TOMÁS DE AQUINO señala precisamente este ejemplo para distinguir entre las conclusiones derivadas de los primeros principios de la ley natural y aquellas "que se derivan por vía de determinación". Unas y otras son de Derecho positivo ("por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas"), pero las primeras mantienen la fuerza de la ley natural, mientras que las segundas "no tienen más fuerza que la de la ley humana". De inmediato añade que "ha de acomodarse a cada uno, según sus posibilidades, incluidas las naturales" y que ha de adecuarse también a las costumbres sociales, pues el hombre no puede vivir aislado en medio de la sociedad sin contar para nada con los demás", pues "la disciplina humana ha de someterse, en primer lugar, al orden de la razón". Creo que esto muestra que

> condiciones esenciales de la pena que el Derecho positivo sí son propias de la ley natural, si se considera que pena es justicia distributiva[183] y, como ley, está dirigida al bien común.[184] Fundamentalmente, el razonamiento abstracto alcanza a la afirmación de que las leyes han de prever penas que puedan entenderse como proporcionadas para el hecho que castigan en relación con otros hechos (por ejemplo: para el homicidio ha de preverse una pena sensiblemente más grave que para un hurto) y en relación con otros individuos (la ley penal debe establecer mecanismos para la individualización de la pena; esto es: que la pena pueda ser diferente para diferentes sujetos); y en ningún caso la concreción de la pena que permite la ley puede dar lugar a penas que puedan apreciarse como claramente desproporcionadas.[185] Fuera de esta afirmación, no hay nada que objetar al planteamiento de FINNIS: la determinación (*determinatio*) de las leyes que establecen las penas es una cuestión de Derecho positivo, y consiste en escoger qué penas son las adecuadas a partir de una gama de opciones posibles.

Este segundo aspecto presupone otra diferencia sustancial de esta teoría con la perspectiva de la retribución en KANT: el *ius talionis*, en sentido estricto, no forma parte de la retribución, porque incluso como definición de la proporcionalidad aparece allí ligado indisolublemente a la necesidad moral de la pena en una forma precisa, de tal modo que la pena allí fijada es la pena proporcionada -ha de recordarse que KANT habla de "igualdad"- para el delito concreto. Fente a esta idea del *ius talionis*, Arthur KAUFMANN había afirmado que la pena no siempre tiene que agotar la culpabilidad.[186] En una perspectiva distinta en la fundamentación, pero con una conclusión similar sobre una visión retributiva, PAWLIK habla de una "virtud de autorecorte" de la teoría: "no todo injusto del ciudadano debe ser castigado con una pena",[187] y lo ilustra con una cita textual de BINDING: "no es consecuencia necesaria del delito el deber de penar, sino sólo el Derecho penal".[188] La afirmación de BINDING se encuentra, precisamente, en su crítica a las "teorías de la necesidad", entre las que explícitamente la "necesidad dialéctica" de HEGEL,[189] pero también la necesidad retributiva en KANT.

No existe tampoco, en la perspectiva de la retribución que defiendo, esta vinculación incondicional: no deriva de la ley natural que un delito debe ser castigado con una pena determinada,[190] sino tan sólo la previsión de penas que, en la relación con la culpabilidad del

---

el razonamiento abstracto y, por tanto, de la ley natural, alcanza a las exigencias que propongo en el texto.

[183] Como se ha indicado, con cita de FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 186.

[184] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th*, I-II, q. 90, a. 2 ("*et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur*"); q. 95, a. 3. Extensamente, sobre la *determinati*o en SANTO TOMÁS DE AQUINO la relación entre de Derecho natural y Derecho positivo, CONTRERAS AGUIRRE, «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), 2011, pp. 46 ss. En particular, es muy relevante que "lo justo natural, sea derecho natural primario, sea derecho de gentes, es insuficiente para la regulación de la vida moral y política" (p. 47).

[185] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th*, I-II, q. 95, a. 3: que la pena sea justa significa que ha de ser posible según la naturaleza y las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos" ("*possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporique conveniens*").

[186] Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 205.

[187] PAWLIK, *Das Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 109.

[188] BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 1902, p. 186.

[189] Sobre HEGEL en ese sentido, BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 1902, pp. 186, 176 ss.; sobre las teorías absolutas en general como "teorías de la necesidad", en p. 165.

[190] Por esa razón, "no es una exigencia natural -esto es: racional- que el asesinato, incluso el más atroz, sea castigado con la pena capital" (por FINNIS, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t.

autor manifestada en el hecho castigado, puedan considerarse desproporcionadas en la perspectiva de la justicia conmutativa (por ejemplo: penas muy graves para una leve culpabilidad)[191] o distributiva (por ejemplo: la imposición de una pena grave en un contexto cuyos presupuestos se han valorado siempre como la base para la determinación de una pena claramente poco grave, en el mismo caso, pero también en casos distintos). No sólo cabe pensar en la justicia conmutativa con una significación positiva (qué medida de pena en relación con qué medida de culpabilidad), que en todo caso es incompleta, porque la medida de culpabilidad sólo puede definirse en un acto de justicia distributiva. Es necesario considerar el rendimiento de la justicia conmutativa en su significación negativa: cuándo la culpabilidad manifestada en un hecho no puede ser castigada con una pena.[192]

Pero tampoco deriva de la ley natural que la efectividad de la pena prevista en la ley -que es la retribución establecida en la ley- sea inamovible, o, con palabras de KÖHLER, la negación incondicionada de libertad en la vida práctica, como la imposibilidad de acceso a la libertad durante la ejecución de la pena[193] o la posibilidad de suspensiones de la ejecución de la pena totales o parciales o de normas que autoricen un cumplimiento parcial.[194]

3.4. Retribución y determinación de la pena; la consideración del arrepentimiento

La concepción de retribución que defiendo no implica que la ley deba imponer una pena en todo comportamiento contrario a Derecho, porque con la pena no se retribuye el comportamiento ilícito sino a su autor culpable: retribución, culpabilidad y pena están relacionadas entre sí.[195] Por esa razón, cuando la ley prevé contextos de la conducta de un sujeto que en los que excluye la pena pese a la comprobación de que ese comportamiento es

---

III, 2011, p. 179). La cuestión de si existe entonces la necesidad moral de castigar ciertos hechos como delitos, incide en la diferenciación entre *mala in se* y *mala prohibita*. KELSEN indica con claridad que "esta distinción es elemento típico de una teoría del derecho natural" y que "no puede mantenerse en una teoría del derecho positivista" (*General Theory of Law and State*, 1945, p. 52), y tiene razón; sin embargo, también la idea de *determinatio* en SANTO TOMÁS DE AQUINO resulta crucial, porque la decisión de Derecho positivo de sancionar un comportamiento que no es un *malum in se*, sino un *malum prohibitum*, no afecta a la vinculación moral de la norma ni, por tanto, a la necesidad moral de la retribución. Armin KAUFMANN destacaba que todo orden jurídico reconoce prohibiciones que no son penadas, e incluso que más allá de las causas de exclusión de la pena y pese a la concurrencia de la ilicitud y de la culpabilidad, no son castigadas, y se refiere a ciertas lesiones del derecho de propiedad o a imprudencias sin resultado lesivo (en EL MISMO, *Strafrechtdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammmelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 265). En esta argumentación está latente el problema de la determinación del *malum in se* en la ley natural.

[191] En diferentes dimensiones: quien ha cometido un hurto leve no puede recibir una pena muy grave, porque a través de ese hecho no ha podido manifestar una culpabilidad grave); y quien, pese a haber cometido un hecho grave, ha puesto de manifiesto una leve culpabilidad (por ejemplo: por un déficit de motivación derivado de un trastorno mental). Todas estas dimensiones constituyen implicaciones del principio de culpabilidad.

[192] La limitación a esta consideración positiva lleva a Arthur KAUFMANN a negar prácticamente su significación en la pena y, por tanto, a modificar su teoría inicial hacia la prevención especial, como he indicado antes (*Hilde Kaufmann-GS*, 1986, pp. 426-427).

[193] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 14.

[194] En un traslado a instituciones en el Derecho positivo español, no cabría suspensión condicional, libertad condicional o tercer grado penitenciario. Como indico a continuación, estas instituciones son coherentes en la teoría de la retribución que defiendo.

[195] En ese sentido, ZIPPELIUS, *Einführung in das Recht*, 7ª ed., 2017, p. 137. La cuestión es muy clara, por ejemplo, en la doctrina clásica de los teólogos juristas, en la que culpa y delito son identificadas, como sucede en DE CASTRO: "*lex pœnalis est lex quæ statuit pœnam alicui propter culpam commissam*" (*De potestate legis pœnalis*, 1547-1773, I.3).

contrario a Derecho, descarta la retribución.[196] De forma análoga, se explica, no sólo la definición de una pena concreta por la ley, sino la función del juez en su individualización; pero también la razón por la que, pese a existir un autor culpable a quien se castiga con una pena como retribución, puede autorizarse que los términos de la pena se suavicen o incluso se suspendan. Sin duda, ésta es una cuestión fundamental en una teoría retributiva cuya base se encuentra en la necesidad moral de la pena.

Me referiré, en primer término, a la previsión legal de un marco más o menos concreto de pena y a su individualización por parte del juez. En realidad, una y otra decisión -de la ley o del juez- se adoptan entre una gama más o menos amplia de posibilidades, en la medida que no existe una sola opción adecuada a la razón práctica y, por tanto y en los términos indicados hasta ahora, moralmente necesaria. La decisión de la ley o del juez están vinculadas, no obstante, a un mismo principio: la sanción penal conforme a la culpabilidad del autor.[197] En cualquier forma, no se trata aquí de exponer las bases de la individualización de la pena, como problema metodológico en la tarea del juez,[198] sino de definir el espacio que, a la teoría de la pena, le corresponde cuando se establece una pena para un delito, que afecta también a la decisión del marco penal en la ley.

La discusión doctrinal sobre si esta decisión se puede establecer en torno a la prevención general o a la prevención especial es conocida.[199] Sin embargo, la pena no puede ser ajena a la medida de la culpabilidad del autor y, aunque exista una ineludible conexión entre la imposición de la pena merecida y la prevención general, ésta es sólo un efecto reflejo de la pena retributiva, que, desde luego, presupone comunicación de que se ha infringido el Derecho -aunque la comunicación no puede explicar por sí misma la pena. Precisamente por esa razón, los criterios de prevención general no pueden ser fiables en la individualización de la pena: el juez puede controlar la pena que impone, pero no el alcance social -y, por tanto, el efecto preventivo- de la sentencia dictada para el infractor.[200] En realidad, el efecto de prevención general (negativa) es un doble reflejo: sólo puede producirse un efecto de rechazo del delito en cuanto la pena presuponga una ratificación de la vigencia de la norma infringida (por tanto:

---

[196] Un caso en que, en diferentes perspectivas, puede asumirse esta afirmación, es el error de prohibición invencible. Cfr. sobre el fundamento de la exclusión del injusto penal en este caso, PÉREZ DEL VALLE, *InDret Penal*, (3), 2017, pp. 22 ss.

[197] PAWLIK, *Das Unrecht des Burgers*, 2012, p. 117, alude a la imposición (*Verhangung*) partiendo de un marco retributivo, aunque su finalidad es explicar que ésta tiene lugar sobre la dimensión del injusto.

[198] En todo caso, DE CASTRO contempla de forma explícita esta adecuación de la pena en el juez, como destaca BULLÓN Y FERNÁNDEZ, *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, 1900: "Alfonso de Castro observa sabiamente que convendría dejar al juez alguna libertad para aumentar ó disminuir la pena conforme á las circunstancias particulares del delito y del delincuente, aunque siempre con arreglo al espíritu de la ley". La cita (*De potestate legis panalis*, 1550-1959, lib. I , cap. VI y libro II , cap. XIIL), p. 104) muestra hasta qué punto la perspectiva de DE CASTRO es coincidente con la idea de la *determinatio* en SANTO TOMÁS DE AQUINO.

[199] En ese sentido, en la doctrina española, LUZÓN PEÑA en 1979: "la proporcionalidad no es más que un primer límite de la pena derivado de la exigencia de idoneidad y eficacia de la intimidación general", aunque es preciso "demostrar continuamente la necesidad de la pena", lo que propiamente obliga a "atender en la fase de medición sólo a la prevención especial" (*Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 39-40)

[200] El criterio contrario de TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 303, en este punto no me parece adecuado, aunque comparto algunos de sus presupuestos (no existe una sola pena justa para el caso; es necesario contemplar la comparación de casos iguales, porque expresan tanto la idea de la individualización como *determinatio* de la pena; y porque atienden a la justicia distributiva).

prevención general positiva); y esto únicamente sucede si la pena prevista en la ley e individualizada por el juez constituye una retribución justa (merecida).[201]

El merecimiento de pena, como se ha indicado, no puede determinarse de acuerdo con una medida de carácter absoluto, y precisamente porque la necesidad moral de la pena no puede desligarse del bien común; por esa razón tampoco puede determinarse en la perspectiva de la víctima, porque esto implica -en palabras de SILVA SÁNCHEZ- que el Estado "se convierte en parte".[202] Pero en todo caso, el merecimiento conduce de nuevo a la culpabilidad personal, y la relación entre pena merecida y necesidad de prevención especial es, a mi juicio, tan próxima, que, cuando un criterio que quiere explicarse como prevención especial, influye en la decisión a modo de *determinatio*, de modo que puede afirmarse que forma parte del juicio sobre la medida de la culpabilidad y, por ello, de la pena. El efecto que se pretende obtener cuando se habla de prevención especial es, en ese sentido, restauración en el sujeto de la fidelidad al Derecho,[203] que entiendo integrado en la idea de retribución de la culpabilidad.

La clave de esta integración la restauración se encuentra en el arrepentimiento -en términos que habían sido apuntados por CICERÓN-[204], entendido en dos sentidos complementarios:[205] como capacidad de cambio del sujeto culpable,[206] lo que afectaría al propio concepto de imputabilidad; y como reconocimiento de las normas con posterioridad a la infracción. Quien, con su comportamiento, "hace inteligible la condena moral comunicada por la pena, incluso si

---

[201] La idea del merecimiento de pena es, a mi juicio, correctamente expuesta por TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 300, que discrepa de la perspectiva de NOZICK: el merecimiento se proyecta en otros conceptos "morales" y define ciertas reglas. Mi matización a TASIOULAS: esta proyección tiene distintos momentos, y aunque los conceptos "infracción" y "responsabilidad" pueden ser relevantes, por ejemplo, en la previsión de la pena por la ley, la decisión del juez cuando individualiza la pena sólo cobra sentido a través de la culpabilidad.

[202] En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, de forma contundente: "la reconstrucción del castigo estatal en clave criminológica (...) desestataliza al Estado punitivo convirtiéndolo en parte" (*Malum passionis*, 2018, p. 235). La denominada retribución satisfactiva, a la que se refiere SILVA SÁNCHEZ (pp. 233 ss.), no es retribución precisamente por ese motivo.

[203] En realidad, una integración entre restauración de la vigencia de las normas y prevención especial aparece ya en AHRENS al referirse a la "restauración de la buena voluntad jurídica subjetiva" (indicado en apartado 2.2, nota 31) lo hace "mediante el regreso al fundamento de todo querer y actuar subyacente en la actitud jurídico-moral" (*Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450). Más adelante, AHRENS al referirse a la corrección (fin de la prevención especial) como restauración de la "relación correcta de la voluntad con el orden jurídico", afirma que "la corrección constituye la mejor prevención especial", pero también "a través de la prevención general, para aquéllos que sientan una inclinación a acciones punibles, una advertencia y (...) una cierta intimidación" (*Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, pp. 456-457). Un posicionamiento reciente en ese sentido, sobre la reparación voluntaria, PAWLIK, *Das Unrecht des Burgers*, 2012, p. 118, quien habla de "regreso del ciudadano fiel al derecho a la unidad".

[204] CICERÓN, precisamente como introducción a su idea de la ley natural ("*nulla sit omnino iustitia, si neque natura est*", *De Legibus*, I, 42), indica que es la naturaleza la que hace cambiar a los hombres, y no el castigo, sino el remordimiento de conciencia y el tormento de sentirse un delincuente ("*pœnas luunt, non tant iudiciis* (...), *sed angore constientiæ fraudisque cruciatu*", *De Legibus*, I, 40)

[205] SILVA SÁNCHEZ habla de perdón, que debería ser otorgado por la víctima, y atribuye a ésta una función determinante en la "restauración de la comunicación" (*Malum passionis*, 2018, pp. 239-241). En mi opinión, la clave es el arrepentimiento del autor y no es relevante la posición de la víctima.

[206] MARGALIT, *The Decent Society*, 1998, sobre este punto en pp. 70 ss., especialmente en p. 74; también TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 295. MARGALIT mantiene la relación de esta capacidad de arrepentimiento con el sentido de la libertad en SARTRE en p. 144. En cualquier caso, me parece que el concepto de imputabilidad del Derecho penal requiere incluir este dato: sin capacidad de cambio y, por tanto, de arrepentimiento, no hay sujeto imputable.

la existencia de la infracción es, en algunos casos, una creación de la ley que criminaliza la conducta (*mala prohibita*)",[207] reconoce la vigencia de la norma y puede mostrarse como no -o menos- necesitado de prevención especial. Pero la razón de la exclusión o de atenuación de la pena no es la necesidad de prevención especial, sino el merecimiento de un reproche desde el Derecho. Un primer argumento que respalda esta afirmación se deriva de la diferenciación entre los casos en que la pena se excluye y los casos en que la pena se atenúa, como sucede en la comparación entre el desistimiento y la atenuación de la pena porque concurre el arrepentimiento: el arrepentimiento sólo supone la exclusión de la pena cuando conduce a una modificación tan relevante de la ejecución iniciada, que sólo puede interpretarse como reconocimiento de la norma infringida que niega el injusto penal.[208] En otro caso, y por más que el arrepentimiento sea relevante e indiscutible, la ley prevé un juicio de retribución a la culpabilidad del autor expresada en el hecho y no un juicio de prevención especial.

En este punto ha de abordarse la segunda cuestión apuntada: en qué medida cabe la renuncia a la ejecución de una pena que retribuye la culpabilidad concreta del autor en el hecho. No creo, sin embargo, que sea aceptable una argumentación que se apoye, sencillamente, en la falta de necesidad de prevención especial del autor, y desde luego no es coherente con la posición que he adoptado.[209] No obstante, sí puede afirmarse que, en un marco retributivo, resulta disfuncional que una medida represiva no sea agotada en sus posibilidades de consecución del bien común,[210] que se ven cohibidas ante los riesgos de desocialización.[211] Las instituciones que, en un ordenamiento penal concreto, ofrecen la oportunidad de una modulación que permita modificar sustancialmente de los términos de la pena o de una suspensión que pueda incluso conducir a su supresión,[212] se fundan en esta perspectiva de bien común ligada a los bienes básicos de los individuos que conforman la comunidad política. Y de nuevo aquí el

---

[207] TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 307.

[208] Es más: la previsión de la ley en el sentido de que, en casos de desistimiento eficaz, no se excluye la pena de hechos ejecutados que ya "fueren ya constitutivos de otro delito" (art. 16.2 CP) consumado, deja claro que la exclusión de la pena sólo tiene lugar cuando existe una modificación del hecho (PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 200) en relación con el cual el autor pone de manifiesto que reconoce al Derecho como fuente de orientación de su conducta; pero no cuando el delito se ha consumado, o en acciones previas al desistimiento que ya implicaban delitos consumados.

[209] Más allá de la contradicción interna a la que conduciría esta afirmación en la posición que sostengo (¿cómo renunciar por la falta de necesidad de prevención especial a la pena merecida por el autor?), existe también una limitación en el marco de una teoría de la prevención especial: se trata de una afirmación cara al futuro (*forwards looking*, en el sentido indicado con anterioridad) que difícilmente puede efectuarse de forma categórica, porque depende también de un contexto que es imposible predecir con exactitud, como lo es la influencia de los cambios de contexto en la futura conducta del autor.

[210] FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 264: "*sanctions are part of the enterprise of legally ordering society, an enterprise rationally required only by that complex good of individuals which we name the common good*". Las extensamente, sobre su idea del bien común, en pp. 154 ss.

[211] Sobre el derecho del ciudadano a que se contrarreste el efecto desocializador de la pena privativa de libertad y se auxilie a cumplir con el deber primario de lealtad activa en el futuro, PAWLIK, *Das Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 120, en la ejecución de la pena; sobre la desocialización en la inidivudalización de la pena, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 329, como idea de prevención especial positiva.

[212] PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 355 ss. La explicación en la suspensión de condena es prácticamente el mismo argumento: si puede pronosticarse que el cumplimiento de una pena corta privativa de libertad puede producir un efecto de desocialización y, por tanto, de riesgo de nuevos delitos, las exigencias del bien común imponen que no se ejecute; y este pronóstico se presume cuando concurren como indicios las condiciones del art. 80 CP relativas a la inexistencia de condenas precedentes o al abono de la responsabilidad civil (PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones*, loc.cit.). Pero por esa misma razón, se exige la respuesta a las cuestiones que se plantean en el texto.

arrepentimiento respalda esta conclusión: en la perspectiva de la responsabilidad personal que expresa la culpabilidad, porque un sujeto culpable lo es también en su capacidad de cambio; en la perspectiva institucional, porque sólo con el reconocimiento de la norma violada cabe mostrar la confluencia entre bien común y bienes básicos individuales. Estas instituciones implican, en realidad, una "individualización tardía" en el marco de la retribución, como la suspensión de condena,[213] en la que se pondera la culpabilidad del autor en el hecho juzgado y, en ese marco, los riesgos de desocialización que puede conllevar su ejecución en la forma inicialmente prevista en la ley; por eso, reglas que suponen un arrepentimiento como reconocimiento de la norma violada (la manifestación expresa de reconocimiento de la infracción o la reparación del daño) son exigencias coherentes que permiten constatar la primacía del bien común (lealtad al Derecho), sin dejar de lado algunos intereses individuales legítimos.

4. Conclusión: la retribución restaurada

John FINNIS titulaba uno de sus trabajos sobre la teoría de la pena, que ha sido citado en varias ocasiones: "La restauración de la retribución".[214] Más allá de mis coincidencias evidentes con FINNIS, he intentado fundamentar una teoría de la retribución como fundamento de la pena diferente de la defendida en la filosofía idealista y coherente con una visión clásica del Derecho natural. Esto no significa que pueda dejarse de lado sin más esta tradición, que tiene un peso específico en el desarrollo de la dogmática y, sobre todo, en las teorías modernas de la retribución, aunque en este último aspecto tal vez más en HEGEL que en KANT. No se ha pretendido, por tanto, una crítica de esas teorías, sino más bien indicar cuál es el punto de partida irrenunciable de una teoría de la retribución, que, a mi juicio, sí había sido ya subrayado desde KANT: la necesidad moral de la pena.

Evidentemente, la explicación de esta necesidad moral y de sus consecuencias en el marco de la ley natural y de su explicación en el iusnaturalismo clásico, es discrepante de la de KANT, porque la comprensión del Derecho, como se anticipó en la introducción, también lo es:

1º La vinculación de moralidad con la razón práctica en el Derecho encuentra ahora su manifestación en la necesidad moral de la pena, pero constituye el punto de partida de la comprensión del Derecho como orientación a la virtud en un marco de libertad, que es propia de su comprensión desde la ley natural. La pena es retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica y se manifiesta no sólo como justicia conmutativa, sino también como justicia distributiva: se trata de la restauración de la justa distribución de ventajas y desventajas que ha alterado el delito.

2º Sin embargo, como se ha indicado, la retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica -esto es: la retribución que exige la ley natural- no comprende todos los extremos que implica la pena concreta con la que se ha de castigar al autor del delito; sólo alcanza a la exigencia de proporción: previsión de penas de gravedad diferente para infracciones de distinta gravedad; y previsión de instrumentos justos de individualización de la pena de acuerdo con la

[213] Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 363.
[214] FINNIS, «The Restoration of Retribution», 1972, *Analysis*, (32), pp. 131 ss., citada en el texto según EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, pp. 161 ss.

culpabilidad, entre los que necesariamente ha de considerarse el papel crucial de la capacidad de cambio del sujeto penado y, por tanto, del arrepentimiento.

La teoría propuesta, sin embargo, suscita dos cuestiones que, a mi juicio, quedan pendientes. En primer término, debería definirse cómo esta teoría de la retribución puede influir en el desarrollo del sistema y de la teoría de la imputación. En ese sentido, me atrevo a anticipar una hipótesis: tal vez la teoría de la pena debería ceder o, al menos, compartir su posición central en la explicación del sistema penal a la infracción (al delito) y, por tanto, a la *imputación justa* de un ilícito penal porque esto supone una recuperación del papel esencial del Derecho penal en el marco del Derecho como orden normativo. En segundo lugar, sería necesario contemplar las consecuencias en la perspectiva de la legitimación política de la pena, que -de nuevo anticipo una hipótesis- en ocasiones se ha intentado desligar de su legitimación moral; la cuestión es, sin duda, acuciante en lo relativo a las relaciones entre la política criminal y el Derecho penal.

5. Bibliografía

ABEGG, (1835-1969), *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, reproducción de Sauer & Auvermann, Fráncfort del Meno.

ACHENWALL (1774), *Iuris naturalis. Pars posterior. Ius familiae. Ius publicum et Ius Gentium*, Bossiegel, Gotinga.

ALEGRE GORRI (2002), «El krausismo y su difusión en España», en KRAUSE/SANZ DEL RÍO, *Ideal de la humanidad para la vida*, Folio, Barcelona, pp. 23 ss.

ANTÓN ONECA (2002), «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena (Discurso pronunciado en la apertura de curso académico de la Universidad de Salamanca)», en EL MISMO, *Obras,* t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, pp. 9 ss.

——— (2002), «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en EL MISMO, *Obras*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe/Córdoba, 2000, pp. 157 ss.

AQUINO (1891), *Summa Theologiae-Prima pars secundae partis (I-II)*, Textum Leoninum Romae 1891 editum et automato translatum a Roberto Busa SJ in tænias magnéticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit (disponible en http://corpusthomisticum.org) (traducciones confrontadas con *Suma de Teología* (edición dirigida por los Regentes de Estudios de las provincias dominicanas en España, 2º edic., BAC, Madrid, 1993).

——— (1252-1856), *II Scriptum super Sententiis (super Libros Sententiarum Petri Lombardiensi-liber II a distinctione XLII ad distinctionem XLIII)*, Textum Parmae (P. Fiaccadori) 1856 editum et automato translatum a Roberto Busa SJ in tænias magnéticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit (disponible en http://corpusthomisticum.org.).

AHRENS (1871), *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, Carl Gerold's Sohn, Viena.

BACIGALUPO (2008), «Sobre la ideología de las teorías de la pena», *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, (16), pp. 1 ss.

——— (1998), *Principios de Derecho penal: Parte General*, 5ª ed., AKAL, Madrid.

BENTHAM (1830), *The Rationale of Punishment*, Rober Howard, Londres.

BILZ/DARLEY (2004), «What´s Wrong with Harmless Theories of Punishment", *Chicago-Kent Law*, (79), pp. 1215 ss.

BINDING (1919), «Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und injuria der Lex XII Tabularum», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*. (40-53), pp. 106 ss.

——— (1902), *Grundriss des deutschen Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Engelmann, Lipsia.

BYRD (2016), «Kant's Theory of Contract», en BYRD/HRUSCHKA (eds.), *Kant and Law*, Routledge, Londres/Nueva York, pp. 141 ss.

——— (1989), «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy*, (8-2), 1989, pp. 151 ss.

BULLÓN Y FERNÁNDEZ (1900), *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, Madrid.

DE CASTRO (1550-1959), *De potestate legis pœnalis libri duo* (reproducción facsimilar de la edición príncipe, Andrés de Portonaris, Salamanca), Ministerio de Educación Nacional, Madrid.

——— (1547-1773), *De justa haereticorum punitione*, Blasii Roman, Madrid.

CATHREIN (1904), *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschließlich der rechtlichen Ordnung-Bd. 1 (Allgemeine Moralphilosophie)*, 4ª ed., Herder, Viena/Munich/Estrasburgo/San Luis.

CICERÓN (2013), *Les lleis (De Legibus)* (edición bilingüe y traducción al catalán de Nuria Gómez Llauger), Bernat Metge, Barcelona.

COHEN (1877), *Kants Begründung der Ethik*, Ferd. Dümmler, Berlín.

——— (1910), *Kants Begründung der Ethik nebst ihren Anwendungen auf Recht, Religion und Geschichte*, 2ª ed., Bruno Cassirer, Berlín.

CONTRERAS AGUIRRE (2011), «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), pp. 39 ss.

CORLETT (2006), *Responsibility and Punishment*, Springer, Dordrecht.

CORTINA (2008), «Estudio preliminar» a *Immanuel Kant. La Metafísica de las costumbres* (traducción de Cortina Orts y Conill Sancho), Tecnos, Madrid.

CRUZ CRUZ (2010), «Interpretación de la pena y de la ley penal según Alfonso de Castro», en EL MISMO (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsa, Pamplona, pp. 53 ss.

DYROFF (1924), «Zu Kants Straftheorie», *Archiv für Rechts- und Wirchaftsphilosophie*, (17), pp. 351 ss.

DOHMEN (2014), «Exodus-2 (19-40)», en ZENGER (fund.) BERGER/DÖHMEN/SCHWIENHORST-SCHÖNBERGER (edic.), *Herders theologischer Kommentar zum Alten Testament*, 2ª ed., Herder, Friburgo de Brisgovia/Basilea/Viena.

DÖHRING (1907), *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, Reuther & Reichard, Berlín.

ENGELHARD (1756), *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit, und besonderst des Rechtes der Natur hergeleitet*, Wiedmann, Fráncfort del Meno/Lipsia.

EWALD (1995), «Comparative Jurisprudence (I); What Was it Like to Try a Rat?», *University of Pennsylvania Law Review*, (143), 1995, pp. 1889 ss.

FINNIS (2020), «The Nature of Law», en TASIOULAS, (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* [en prensa].

——— (2011), «Hart´s Philosophy of Punishment», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good, Collected Essays: Vol III*, Oxford University Press, Oxford, pp. 153 ss.

——— (2011), «The Restoration of Retribution», EL MISMO, *Human Rights & Common Good, Collected Essays: Vol III*, Oxford University Press, Oxford, pp. 161 ss.

——— (2011), «Retribution: Punishment´s Formative Aim», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good, Collected Essays: Vol III*, Oxford University Press, Oxford, pp. 161 ss.

——— (2011), *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.

FOUCAULT (1975), *Surveiller et punir*, Gallimard, París.

GADAMER (1978), *Die Idee des guten zwischen Plato und Aristoteles*, Carl Winter, Heidelberg.

GARCÍA HERNÁNDEZ (2017), «La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación», *Emerita-Revista de Lingüística y Filología Clásica*, (85-2), pp. 223 ss.

GEORGE (2008), «Natural Law», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, (31), pp. 171 ss.

GIERHAKE (2019), «How justify the Open Court Principle in Criminal Proceedings», en HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden Baden, pp. 101 ss.

——— (2017), «Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie-Neue Folge*, (1), pp. 92 ss.

GÜNTHER (1891), *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts-Abt. II*, Th. Bläsing, Erlangen.

HAMILTON (1921), «Making the Punishment Fit the Crime», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, (12-2), pp. 159 ss.

HEGEL (1821-1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden (7)*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

——— (1830), *Enziklopädie der philisophische Wissenschaften im Grundrisse* (ed. Niclin/Pöggeler), 6ª ed., Felix Meiner, Hamburgo, 1959.

HEPP (1843), *Darstellung und Beurteile der deutschen Strafrechts-Systeme. 1 Abt.*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Heidelberg.

VON HIRSCH (1993), *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford.

HÖFFE (2007), *Immanuel Kant*, 2ª ed., Beck, Múnich.

——— (1987), «Der kategorische Imperativ als Grundbegriff einer normativen Rechts- und Staatsphilosophie», en LÖW (ed.), *ΟΙΚΕΙΩΣΙΣ-Festschrift für Robert Spaemann*, VCH, Weinheim, pp. 87 ss.

HRUSCHKA (2015), *Kant und der Rechtsstaat,* Karl Alber, Friburgo de Brisgovia-Múnich.

——— (2004), «Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *Juristen Zeitung*, pp. 1085 ss.

HÜNING (2004), «Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis», en HÜNING/MICHEL/THOMAS (eds.), *Aufklärung durch Krititk-Festschrift für Manfred Baum zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 333 ss.

JACOBS (2013), «Natural Law, Poetic Justice and the Talionic Formulation», *Political Theology*, (14-5), pp. 661 ss.

JAKOBS (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Ferdinand Schöningh, Padeborn.

——— (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York.

JELLINECK (1878), *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Alfred Hölder, Viena.

KANT (1798-1907), *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, *Kants Gesammelte Schriften,* (*hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften)-VII*, G. Reimer, pp. 117 ss.

——— (1798-1942), *Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*, *Kants Gesammelte Schriften. Akademieausgabe-XX (Handschriftlicher Nachlass)*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

——— (1798-1907), *Der Streit der Fakultäten*, *Kants Gesammelte Schriften,* (*hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften)-VII*, G. Reimer, Berlín, pp. 1 ss.

——— (1797-1968), *Metaphysik der Sitten*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-Bd. VI*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 203 ss.

——— (1792-1969), «*Brief an Johann Benjamin Erhard de 21.Dez.1792*», en *Kants Gesammelte Schriften. Akademieausgabe-XI/2 (Briefwechsel-Bd II/1789-1794)*, Walter de Gruyter, pp. 398 ss.

——— (1790-1968), *Kritik der Urteiskraft*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 165 ss.

——— (1788-1968), *Kritik der praktischen Vernunft*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

——— (1787-1968), *Kritik der reinen Vernunft, 2. Auflage*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

——— (1786-1978), *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, Kants Werke-Akademie Textausgabe-IV*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 465 ss.

——— (1785-1978), *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 385 ss.

——— (1783-1978): *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-IV*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 253 ss.

——— (1781-1978), *Kritik der reinen Vernunft, 1. Auflage*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-IV*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

KAUFMANN, Armin (1982), «Die Aufgabe des Strafrechts», en EL MISMO, *Strafrechtdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammmelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymann, Colonia, pp. 263 ss.

KAUFMANN, Arthur (1986), «Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay», en HIRSCH/KAISER/MARQUARDT (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 425 ss.

———— (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2 ª ed., Carl Winter, Heidelberg.

KELSEN (1945), *General Theory of Law and State*, (traducción al ingles de Anders Wedberg), Harvard University Press, Cambridge.

KERSTING (1984), *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín.

———— (1983), «Der kategorische Imperativ, die vollkommenen und die unvollkommenen Pflichten», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (37), pp. 404 ss.

KLEINHEYER (1977), «Ernst Ferdinand-Jurist», *Neue deutsche Biographie*, (11), pp. 734 s.

KÖSTLIN (1845), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Laupp, Tubinga.

KÖHLER (1993), «Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit», *Archiv für Rrechts- und Sozialphilosophie*, (79), pp. 457 ss.

———— (1986), *Der Begriff der Strafe*, R v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg.

KRAUSE (1811), *Das Urbild der Menschheit: ein Versuch: vorzüglich für Freimaurer*, Arnold, Dresde.

LEOCATA (2010), «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en CRUZ CRUZ (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsa, Pamplona, pp. 15 ss.

LISZT (1882-1905), «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1 Bd (1875 bis 1891)*, J. Guttentag, Berlín, pp. 126 ss.

LUZÓN PEÑA (1979), *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología UCM, Madrid.

MAÑALICH RAFFO (2007), «La pena como retribución», *Derecho Penal y Criminología*, (28-83), pp. 37 ss. (*primera parte*); pp. 75 ss. (*segunda parte*).

MARGALIT (1998), *The Decent Society* (traducción al inglés de Naomi Goldblum), Harvard University Press, Cambridge.

MERKEL, (1899), «Über vergeltende Gerechtigkeit", *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Trübner, Estrasburgo, pp. 1 ss.

———— (1889), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ferdinand Enke, Stuttgart.

———— (1892), *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der "Neuen Horizonte" In der Strafrechtswissenschaft*, Trübner, Estrasburgo.

MERLE (2007), *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus*, de Gruyter, Berlín.

MIR PUIG (2002), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

MOHR (2017), «Unrecht und Strafe», en SIEP (ed.), *G. W. F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Boston, 2017, pp. 83 ss.

MURPHY (1987), «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review*, (87), 1987, pp. 509 ss.

NÁCAR FUSTER/COLUNGA CUETO (1944), *Sagrada Biblia* (traducción del texto griego), BAC, Madrid.

NOLL (1962), *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr,Tubinga.

OEMING (2014), «Quinque iura talionis. Texte, Kontexte und Rezeptionen zentraler alttestamentlicher Rechtsprinzipien», en ROBKER/UEBERSCHAER/WAGNER (eds.), *Text–Textgeschichte–Textwirkung. Festschrift zum 65. Geburtstag von Siegfried Kreuzer*, Ugarit, Münster, pp. 39 ss.

OSENBRÜGGEN (1858), «Die Talio im altdeutschen Rechte", *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, (18), pp. 173 ss.

OSUMI (1991), *Die Kompositionsgeschichte des Bundesbuches Exodus 20,22b-23,33*, UniVerlag/Vandenhoeck und Ruprecht, Friburgo (Suiza)/Gotinga

PARISI (2001), *The Genesis of Liability in Ancient Law*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series, Arlington.

PATZIG (1979), «Der kategorische Imperativ in der Ethik-Diskussion der Gegenwart», en LORENZ (edic.), *Konstruktionen versus Positionen:* Beiträge zur Diskussion um die konstruktive Wissenschaftstheorie-*Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 230 ss.

PAULEY (1994), «The Jurisprudence of Crime and Punishment from Plato to Hegel», *The American Journal of Jurisprudence*, pp. 97 ss.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grunlinien einer allgemeiner Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.

———— (2008), «Merle-Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus (Buchbesprechung)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (120), pp. 131 ss.

PÉREZ DEL VALLE (2019), «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik. Strafrecht und Rechtphilosophie. Zugleich Gedächnisschrift für Joachim Hruschka* (27), pp. 629 ss.

——— (2019), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

——— (2018), «Arrebato, venganza y pena», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar.: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza*, t. II, Aranzadi, Madrid, pp. 425 ss.

——— (2017), «Impunibilitas y el derecho en sentido subjetivo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.

——— (2015), «¿Filosofía versus política criminal?», *Cuadernos de Politica Criminal*, (117), pp. 91 ss.

——— (2008), «La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación del Kant» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (10-3), pp. 1 ss.

PLATÓN (1988), *Gorgias* (edición en castellano traducida por Luis Roig de Lluis y con Introducción de Carlos García Gual), 28ª ed., Espasa-Calpe, Madrid.

——— (1980), *Protágoras* (edición bilingüe griego-castellano traducida por Julián Velarde y con Análisis previo de Gustavo Bueno), Pentalfa, Oviedo.

POTTER (1998), «The Principle of Punishment Is a Categorical Imperative», en KNELLER/AXINN (ed), *Autonomy and Community: Readings in Contemporary Philosophy*, State University of New York Press, Albany.

REULECKE (2007), *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tubinga.

RÖDER (1867), *Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Julius Neidner, Wiesbaden (Aunque se cita del texto en alemán, se cita la traducción *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876).

RODRÍGUEZ ARAMAYO (1992), *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, Tecnos, Madrid.

RODRÍGUEZ MOLINERO (1959), *Origen español de la ciencia del derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, Cisneros, Madrid.

RONCO (1996), *Il problemma della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giapichelli, Turín.

VON ROTTECK (1834), *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswiffenschaften: Bd. 3. (Materielle Politik)*, Hallberger, Stuttgart.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2008), *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo.

SANTALUCIA (1990), *Derecho penal romano* (traducción de Paricio/Velasco), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

———— (1981), «Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia», *Le délit religieux dans la cité antique. Actes de la table ronde de Rome (6-7 avril 1978)*, École Française de Rome, Roma, pp. 39 ss.

SCHELER (1954), *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4ª ed., Francke, Berna.

SCHILD (1998), «Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechens- und Strafphilosophie von Immanuel Kant», en ZACZYK/KÖHLER/KAHLO (eds.), *Festschrift für E.A. Wolff*, Springer, Berlin, pp. 439 ss.

SÉNECA (1884), *De la ira* (traducción de Francisco Navarro y Calvo), Luis Navarro y Calvo, Madrid.

(2007), *De ira/Über die Wut* (edición bilingüe y traducción al alemán de Jula Wildberger), Reclam, Stuttgart.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis.Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

SPAEMANN (1994), «Die Aktualität des Naturrechts», en EL MISMO *Philosophische Essays*, Reclam, Stuttgart, pp. 60 ss.

STAHL (1878), *Die Philosophie des Rechts-Bd. 2 (Rechts- un Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung)*, 5ª ed., JCB Mohr, Tubinga-Lipsia.

STEPHANI (1797), *Anmerkung zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Johann Jakob Palm, Erlangen

TASIOULAS (2006), «Punishment and Repentance», *Philosophy*, (81), pp. 279 ss.

VILLEY (1983), «Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel clasique», *Archivs du philosophie du droit*, (28), 1983, pp. 181 ss.

WELZEL (1960), *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

WILLASCHECK (2005), «Recht ohne Ethik? Kant über die Gründe, das Recht nicht zu brechen», en GERHART (ed.), *Kant im Streit der Fakultäten*, de Gruyter, Berlín, pp. 188 ss.

WILLIAMS (1997), «Moral Responsibility and Political Freedom», *Cambridge Law Journal*, (56), pp. 96 ss.

WITTMANN (1993), «Der Begriff des allgemeinen Gesetzes in Kants kategorischen Imperativ», en HAFT/HASSEMER/NEUMANN/SCHILD/SCHROTH (ed.), *Strafgerechtigkeit : Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, CF Müller, Heidelberg, pp. 363 ss.

WOHLERS/WENDT (2011), «Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMAN (ed.), *Strafe-warum?-Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte vom Hegels Straftheorie*, Nomos, Baden-Baden, pp. 173 ss.

WOOD (2007), *Kantian Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York.

ZAIBERT (2018), *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge.

ZIPPELIUS (2017), *Einführung in das Recht*, 7ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga.

InDret
3.2020

El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma

Una aplicación del modelo del delito imperfecto

Juan Pablo Mañalich Raffo
Universidad de Chile
-

Sumario

-

El artículo presenta una concepción del desistimiento de la tentativa, fundada en un modelo de teoría de las normas que sustenta la caracterización general de la tentativa como un "delito imperfecto". A partir del hallazgo de la "bidimensionalidad" del desistimiento, se ofrece una explicación de la necesidad de diferenciar su referencia-a-la-consumación, por un lado, y su referencia-a-la-tentativa, por otro. Esto hace posible delinear una comprensión del desistimiento que se distancia de su entendimiento como una "modificación del hecho" y que lo identifica, más bien, con una "revisión" del respectivo quebrantamiento (imperfecto) de la norma. El análisis así desplegado lleva a favorecer una categorización sistemática del desistimiento como una condición negativa de la (sola) punibilidad de la tentativa en cuestión.

Abstract

-

The paper presents a conception of the abandonment of a criminal attempt, grounded upon a norm-theoretical model that sustains the general characterization of criminal attempts as "imperfect offenses". Upon the finding of abandonment's "bidimensionality", an explanation of the necessity of differentiating its consummation-relatedness, on the one side, and its attempt-relatedness, on the other, is offered. This enables the outline of an account of an attempt's abandonment, which departs from its understanding as a "modification" of the criminal deed and rather identifies it with a "revision" of the given (imperfect) norm-violation. The thus deployed analysis leads to a systematical categorization of abandonment as a negative condition of the (mere) liability-grounding significance of the corresponding attempt.

Abstract

-

Der Aufsatz stellt eine Auffassung des Rücktritts vom Versuch vor, die auf einem normentheoretischen Modell beruht, das die allgemeine Charakterisierung des Versuchs als „mangelhaftes Delikt" begründet. Von der Erkenntnis der „Bidimensionalität" des Rücktritts ausgehend wird eine Erklärung für die Erforderlichkeit der Unterscheidung zwischen seiner Vollendungs- und seiner Versuchsbezogenheit geliefert. Dies ermöglicht nun, eine Konzeption des Rücktritts zu skizzieren, die sich von seinem Verständnis als eine „Tatänderung" distanziert und ihn vielmehr mit einer „Revision" des jeweiligen (unvollkommenen) Normbruchs identifiziert. Die auf diese Weise entfaltete Analyse führt zu einer systematischen Kategorisierung, wonach der Rücktritt als eine negative Bedingung der (bloßen) Strafbarkeit des fraglichen Versuchs.

Title: *The abandonment of a criminal attempt as revision of the norm's violation*

Titel: *Der Rücktritt vom Versuch als Revision des Normbruchs*

Palabras clave: *desistimiento de la tentativa, teoría de las normas, bidimensionalidad del desistimiento, excusa legal absolutoria*

Keywords: *attempt's abandonment, theory of norms, abandonment's bidimensionality, offense-external liability exclusion*

Stichworte: *Rücktritt vom Versuch, Normentheorie, Bidimensionalität des Rücktritts,*

Strafausschließungsgrund

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.08

-

InDret
3.2020

Recepción
03/02/2020
-
Aceptación
08/06/2020
-

Índice

-

1. La bidimensionalidad del desistimiento
1.1. Referencia-a-la-consumación versus referencia a-la-tentativa
1.2. "Desistimiento de la tentativa": una desambiguación
2. ¿El desistimiento como "modificación del hecho"?
3. El desistimiento como revisión (imputable) del quebrantamiento de la norma
3.1. Los presupuestos de la toma de posición a favor de la norma quebrantada
3.2. El significado del desistimiento como contra-declaración
3.3. Las dos modalidades de la toma de posición a favor de la norma y los dos niveles de su imputación
4. El desistimiento de la tentativa como excusa absolutoria
5. Bibliografía

-

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

1. La bidimensionalidad del desistimiento*

1.1. Referencia-a-la-consumación *versus* referencia a-la-tentativa

La dogmática del desistimiento tiende a quedar reducida a un debate entre múltiples "teorías", considerablemente heterogéneas, que compiten por ofrecer una explicación adecuada del fundamento y los presupuestos de una eventual exclusión de la punibilidad de la tentativa desistida.[1] En lo fundamental, las concepciones rivales pueden ser clasificadas como "internas" o "externas" a la dogmática de la tentativa, según si la explicación respectivamente ofrecida queda intrínsecamente conectada con la estructura de la tentativa como forma de punibilidad diferenciada o, en cambio, responde a consideraciones que no son específicamente sensibles a esa estructura.[2] Representativas del primer grupo de concepciones son, ante todo, la "teoría de la unidad", bajo la cual la tentativa y el desistimiento habrían de ser conjuntamente considerados como un comportamiento pasible de una valoración jurídica unitaria, así como las múltiples "teorías jurídicas", entre las cuales destacan la "teoría de la nulidad" y la "teoría de la presunción". Al segundo grupo pertenecerían, a su vez, la "teoría (político-criminal) del puente de oro",[3] la "teoría de la gracia o del premio" y "la teoría del fin [preventivo] de la pena", a las cuales habría que añadir la "teoría del saldo de una deuda", defendida por HERZBERG.[4]

Puesto que en el marco de la presente investigación solo interesa delinear la concepción del desistimiento que resulta internamente congruente con la caracterización general de la tentativa como *delito imperfecto*, que se sigue del modelo de teoría de las normas aquí

---

* Autor de contacto: Juan Pablo Mañalich Raffo, jpmanalich@derecho.uchile.cl. El presente trabajo fue desarrollado en el marco del Proyecto Fondecyt Nº 1160147 (regular), titulado «La tentativa de delito como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», del cual el autor es investigador responsable.

[1] Véase JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 3 ss.; más recientemente, HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW*, (123), 2011, pp. 232 ss., 239 ss. Latamente al respecto, POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 37 ss., 47 ss., 58 ss., 69 ss. Una exposición de las concepciones usualmente contrastadas en la manualística, ordenadas como "teorías clásicas" y "teorías contemporáneas", se encuentra en DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, pp. 25 ss., 63 ss.; véase también DOMÍNGUEZ, *El desistimiento de la tentativa*, 2013, pp. 11 ss.

[2] La distinción es tomada de JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW*, (104), 1992, pp. 83 ss.; véase también HEINTSCHEL-HEINEGG, «Versuch und Rücktritt", *ZStW*, (109), 1997, pp. 40 ss., 44, 47; DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 14 ss., 18 ss.

[3] La cual, según JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 84 s., se distinguiría por ser no solo externa-a-la-tentativa, sino ya "externa-al-derecho-penal".

[4] Véase HERZBERG, «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», *FS-Lackner*, 1987, pp. 342 ss., 349 ss.; al respecto y críticamente AMELUNG, «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *ZStW*, (120), 2008, pp. 212 s. Hay que advertir que la traducción de la denominación que HERZBERG mismo impusiera a su concepción como "teoría de la compensación de la culpabilidad", favorecida por POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 102 ss., distorsiona el sentido de la construcción. Pues tal como HERZBERG, *FS-Lackner*, 1987, p. 350, lo hace explícito, por *Schuld* no cabría entender aquí una "reprochabilidad jurídico-penal", sino más bien "el deber del deudor de satisfacer la pretensión dirigida en su contra".

favorecido,[5] no es necesario ofrecer una revisión exhaustiva de las posiciones doctrinales recién enunciadas. Antes bien, cabe arrancar de una observación que se conecta directamente con esa caracterización general de la tentativa, y que a pesar de su importancia no forma parte del catálogo de *topoi* que dominan la dogmática del desistimiento. Esta observación concierne a lo que podemos denominar la "bidimensionalidad" del desistimiento en cuanto condición de exclusión de la punibilidad, que se expresa en que el desistimiento exhibe tanto una *referencia-a-la-consumación* como una *referencia-a-la-tentativa*.[6]

Una manifestación especialmente clara de esta bidimensionalidad aparece en la controversia interpretativa, referida al párr. 1º del § 24 del StGB, acerca de qué ha de entenderse por "hecho" en ese mismo contexto. Así por ejemplo, mientras HEINTSCHEL-HEINEGG afirma que ya la "dicción legislativa" haría indubitable que por "hecho" no podría entenderse el "hecho consumado", sino solo el "hecho tentado",[7] MURMANN replica que esa misma expresión no podría denotar aquí "la tentativa, sino solamente el hecho consumado".[8] Para intentar arbitrar en esta disputa exegética no parece trivial tener a la vista el texto legal de cuya interpretación se trata, y que reza como sigue:

> 6. No es penado por tentativa quien voluntariamente renuncia a la ulterior ejecución del *hecho* o impide su consumación. Si el *hecho* no se consuma con independencia del actuar de quien se desiste, entonces este queda libre de pena si él se esfuerza voluntaria y seriamente por impedir la consumación.[9]

La expresión "hecho" aparece dos veces en el párrafo recién reproducido. En contra de lo sostenido por HEINTSCHEL-HEINEGG, debería ser claro que aquella no admite ser sustituida por la expresión "hecho tentado", en la medida en que la falta de consumación sea un componente del concepto mismo de tentativa.[10] Pues no tiene sentido hablar del impedimento de la consumación de un hecho no-consumado. Pero tampoco cabría sustituir "hecho", en los dos lugares en que esta expresión aparece usada, por "hecho consumado", como sugiere MURMANN.

---

[5] Véase MAÑALICH, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho,* (44), 2017, pp. 475 ss. Un contrapunto preciso se encuentra en JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 82 s., cuya concepción del desistimiento como una "modificación del hecho" descansa en la caracterización de la tentativa como un "quebrantamiento perfecto de la norma".

[6] La distinción aquí propuesta encuentra un reflejo (sólo) imperfecto en aquella, sugerida por ALCÁCER, entre la "protección del bien jurídico" y la "protección de la vigencia de la normas" como las "dos perspectivas básicas del desistimiento"; véase ALCÁCER, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, pp. 48 ss. El reflejo queda constituido por el hecho de que, mientras la protección del respectivo bien jurídico se corresponde con una categoría de la legitimación de la norma de comportamiento que especifica las condiciones de antinormatividad asociadas a la consumación del delito respectivo, siendo la consumación aquello en cuya evitación o cuyo impedimento puede consistir el desistimiento, la "protección" de la vigencia de esa norma de comportamiento representa, a su vez, el *telos* de la correspondiente norma de sanción, y que desde la perspectiva aquí asumida explica la punibilidad de la tentativa en cuanto forma de comportamiento punible definida, justamente, por su déficit de antinormatividad. Sobre esto último, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 462 ss.

[7] HEINTSCHEL-HEINEGG, *ZStW*, (109), 1997, pp. 42 ss.

[8] MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 31.

[9] Cursivas añadidas.

[10] MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 467 ss., 475 s.

Pues tampoco tiene sentido alguno hablar del impedimento de la consumación de un hecho consumado.

Esta acotada digresión analítica es indicativa de que ninguna de las dos hipótesis interpretativas puede estimarse correcta. Y no porque, *extensionalmente*, en el contexto del párr. 1º del § 24 del StGB "hecho" designe algo distinto de aquello que es potencialmente constitutivo o bien de un delito consumado o bien de un delito tentado, sino porque, *intensionalmente*, la regla así formulada parece presuponer que, en el momento en el cual el agente queda en situación o bien de renunciar a "la ulterior ejecución *del hecho*" o bien de impedir "*su* consumación", aún debe encontrarse abierta la pregunta de si ese hecho habrá de llegar a constituirse como un delito consumado o como una tentativa.

Lo anterior se deja explicar sobre la base del modelo teórico aquí asumido, con relativa prescindencia de la fisonomía particular de la regulación que haga suya el sistema jurídico de referencia. Con arreglo a ese modelo, la determinación de si un comportamiento resulta imputable o bien a título de delito consumado o bien a título de tentativa solo puede tener lugar *ex post*. Pues solo *ex post* es posible establecer si la descripción bajo la cual el comportamiento en cuestión es imputable al agente, en virtud de la creencia predictiva atribuible a este, coincide con la descripción de cuya satisfacción depende que ese mismo comportamiento sea antinormativo bajo la norma en cuestión. Si el comportamiento (subjetivamente) imputable queda especificado a través de una descripción que lo convierte en una instancia de realización (antijurídica) del correspondiente tipo-de-delito, entonces aquel es constitutivo de un quebrantamiento *declarativamente perfecto* de la norma respectiva; si la descripción bajo la cual el comportamiento resulta imputable no le confiere ese estatus, entonces aquel es constitutivo de un quebrantamiento *declarativamente imperfecto* de esa misma norma.[11] Y como se mostrará a continuación, la posibilidad de un desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa solo se configura en la medida en que todavía sea incierto, bajo la representación de las circunstancias con la que cuente el destinatario de la norma, si su quebrantamiento de esta resultará constitutivo de un delito consumado o, en cambio, de un delito tentado.

En efecto, solo a condición de que tanto la consumación como la falta de consumación del delito en cuestión se presenten como todavía posibles cabe reconocer al agente una chance de evitarla o impedirla.[12] De ahí que, *a contrario sensu*, la oportunidad para un desistimiento deba tenerse por excluida tanto si está descartada la posibilidad de que el delito no se consume como si lo está la posibilidad de que el delito se consume. Lo primero explica que, conceptualmente, no haya espacio para hablar de un desistimiento en una situación en la que el delito se encuentra (ya) consumado. Lo segundo explica que, generalizadamente, se entienda que no hay espacio para hablar de un desistimiento en una situación en la cual la tentativa se muestra como "fallida" (*fehlgeschlagen*), esto es, en una situación en la cual el agente tiene por existentes circunstancias que vuelven o volverían imposible la consumación del delito.[13]

---

[11] MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 475 ss.

[12] Sobre esta distinción entre los conceptos de evitación e impedimento de la consumación, *infra*, 3.3.

[13] Tradicionalmente, estos casos eran identificados como una constelación de falta de voluntariedad del desistimiento; así p.ej., GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*,

Es crucial reparar en la asimetría que se da entre las dos situaciones genéricas que, según la observación precedente, privan al destinatario de la norma de la chance de un desistimiento. Pues mientras la posibilidad de un desistimiento queda *objetivamente* excluida como consecuencia de la consumación del delito respectivo, con independencia de cuál pueda ser la representación que el agente tenga de ello, la posibilidad de un desistimiento resulta, en todo caso, *subjetivamente* excluida por la creencia del agente, sea acertada o desacertada, de que se presentan circunstancias que obstarían a la consumación del delito en cuestión. Que la posibilidad de un desistimiento quede, asimismo, objetivamente excluida por el hecho de que sea imposible la consumación, depende de si la respectiva regulación legal somete toda forma de desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa a una exigencia de *eficacia* en cuanto a la evitación o el impedimento de la consumación.

La literatura especializada tiende a relacionar este último problema con la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas.[14] Mas esta distinción resulta ser impracticable bajo la tesis aquí asumida.[15] Esto queda de manifiesto si se repara en que, en cuanto sometido a una exigencia de eficacia, un desistimiento puede "devenir" imposible en situaciones en las cuales, tradicionalmente, la respectiva tentativa sería caracterizada como "idónea". A modo de ejemplo:

> 7. Clandestinamente, A inyecta una dosis de veneno en el cuerpo de B, que con toda seguridad habría de producir su muerte dentro de los próximos dos días. Un par de horas más tarde, y sin estar al tanto de lo hecho por A, C se aproxima a B, en quien todavía no se manifiesta efecto alguno del veneno, y le propina tres disparos de bala en el tórax, que lo llevan a morir pocos minutos después.

Contra el punto de vista tradicional, caracterizar la tentativa (acabada) de homicidio imputable a A como "idónea" resultaría infundado. Pues, tal como ocurre tratándose de *toda* tentativa, un aspecto del mundo desconocido por A al momento de inyectar el veneno en el organismo de B, consistente en que, un par de horas después, B fuese a ser abatido con tres disparos, explica que la acción ejecutada por A no haya podido, en un mundo así configurado, llevar a la muerte de B.[16] Pero aun quien quisiera insistir en la pretendida idoneidad de la tentativa imputable a A, no podría negar que, una vez que B es letalmente abatido por C, A objetivamente deja de tener la posibilidad de desistirse de ella, precisamente porque la consumación del potencial homicidio que le es imputable "ya" no resulta posible, configurándose así una tentativa *fallida* de homicidio.

1.2. "Desistimiento *de* la tentativa": una desambiguación

Las consideraciones precedentes muestran que es imprescindible desentrañar, con mayor precisión, en qué consiste la bidimensionalidad predicable del desistimiento, lo cual equivale a ofrecer una desambiguación de la jerga misma acerca del "desistimiento *de* la tentativa".

1963, pp. 122 ss., quien a este respecto hablaba de "causas impeditivas absolutas" para la eventual consumación.

[14] Al respecto, POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 160 ss.

[15] Véase MAÑALICH, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 322 ss., 334 ss.

[16] MAÑALICH, *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 339 ss.

La referencia-a-la-consumación que caracteriza, en una de sus dimensiones, al desistimiento de la tentativa concierne a la manera en que el desistimiento ha de consistir en una evitación o un impedimento de la consumación. Es en esta dimensión donde queda radicada la ya referida exigencia de eficacia, que en lo inmediato admitiría ser definida como la exigencia de una exitosa "reversión" del riesgo de consumación que, en condiciones de falibilidad epistémica, queda asociado al comportamiento del agente.[17] *Stricto sensu*, esto equivale a exigir que, por la vía de evitar o impedir (eficazmente) la consumación, el autor co-determine que su comportamiento delictivamente relevante llegue a exhibir el estatus de una tentativa, *en vez* del estatus de un delito consumado.[18]

Por su parte, la referencia-a-la-tentativa que caracteriza, en su segunda dimensión, al desistimiento concierne a la manera en que este opera, precisamente, como una condición de exclusión de punibilidad *de la tentativa*, entendida esta como una forma de comportamiento punible definida por la falta de consumación del delito respectivo. El desafío fundamental que enfrenta la dogmática del desistimiento consiste justamente en explicar por qué, y cómo, la evitación o el impedimento de la consumación de un delito ha de conducir a la exclusión de la punibilidad de la tentativa condicionada por esa misma falta de consumación.

Esta diferenciación de las dos dimensiones que exhibe el desistimiento contribuye a detectar la falta de plausibilidad de su caracterización como una "condición resolutoria" de la antijuridicidad (en el sentido de "antinormatividad") de la tentativa, célebremente defendida por BINDING.[19] Este partía afirmando de que una "consideración atomística de la actividad humana" sería jurídicamente inadmisible, lo cual llevaría a que el comportamiento de un agente con incidencia en el acaecimiento o la falta de acaecimiento de un resultado jurídicamente relevante tenga que ser valorado como una unidad.[20] Desde este punto de vista, la "paralización", por parte del hechor, de las condiciones por él previamente "puestas" para la

---

[17] Esta noción es obviamente próxima a la de una "inversión del peligro" (*Gefährdungsumkehr*), célebremente introducida por JÄGER en la dogmática del desistimiento; véase JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 62 ss., 65 ss.; también AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, pp. 216 s. En lo que aquí interesa, el planteamiento de JÄGER se distingue por no relativizar la tematización de la inversión del riesgo de consumación a las condiciones de falibilidad epistémica que, según la tesis aquí asumida, definen el contexto de imputación al interior del cual un comportamiento que *ex post* se muestra como incapaz de resultar constitutivo de un delito consumado pueda, no obstante, resultar constitutivo de una tentativa del delito respectivo; véase MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 464 s., 484 s.

[18] En la medida en que se asuma el postulado (determinista) de la clausura causal del mundo físico, ello es consistente con que la tentativa así configurada deba ser considerada (*ex post*) "inidónea". Pues será una disposición conductual del propio agente la que se habrá manifestado en su evitación o impedimento de la consumación, lo cual, bajo un enfoque compatibilista, no debería tener impacto en la caracterización de su desistimiento como voluntario o involuntario; al respecto, MAÑALICH, *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 327 s. Ello no se ve alterado por la circunstancia de que el agente haya podido anticipar un eventual desistimiento de su parte, en la forma de una así llamada "reserva de desistimiento", que *ceteris paribus* no lograría comprometer la adscripción de dolo de la cual dependerá la constitución de una tentativa; véase MAÑALICH, «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Isonomía*, (51), 2019, pp. 48 ss.

[19] Véase BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, pp. 125 ss. Para una crítica de la concepción bindingiana de la tentativa como un "delito parcial", véase MAÑALICH, *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 300 ss.

[20] BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 125.

ocurrencia del resultado determinaría que su "comportamiento como un todo" deje de exhibir el carácter de una "causa" para el (eventual) resultado.[21]

Esta última afirmación es enteramente correcta en el nivel de la referencia-a-la-consumación que exhibe el desistimiento. Pero BINDING se veía obligado a conceder que, en los casos en los cuales la correspondiente paralización del condicionamiento causal del resultado no sea voluntaria, no sería posible entender retrospectivamente cancelada la ilicitud de la tentativa en cuanto "delito parcial", en razón de que la falta de voluntariedad del desistimiento obstaría a considerarlo como "parte de la acción libre" del hechor.[22] Esto muestra que, en contra de lo sugerido por BINDING, el *telos* de la exclusión de la punibilidad de una tentativa a consecuencia de un desistimiento (voluntario) por parte de su autor no parece reducible a la verificación de una pretendida condición resolutoria de la ilicitud de un comportamiento cuya individuación, según BINDING, tendría que ser insensible a su caracterización o bien como constitutivo de un delito consumado o bien como constitutivo de un delito tentado.

Lo anterior hace posible sentar, preliminarmente, la siguiente precisión conceptual: bajo la exigencia de eficacia cuya satisfacción condiciona una exclusión de la punibilidad de la tentativa en razón del desistimiento de esta, un comportamiento constitutivo de desistimiento debe poder ser caracterizado como una evitación o un impedimento de la consumación del delito que, en virtud de ese mismo desistimiento, llega a exhibir el carácter de un delito tentado. Esto reconstruye adecuadamente el sentido de la primera oración del párr. 1º del § 24 del StGB, como también el sentido del ap. 2º del art. 16 del CP español. Y la misma precisión ofrece una clave para reconstruir la manera en que, reproduciendo el modelo regulativo español anterior a 1995, el art. 7º del CP chileno hace reconocible una decisión legislativa favorable a la operatividad del desistimiento de la tentativa (*lato sensu*) como condición de exclusión de la punibilidad de esta.

En lo inmediato, el inc. 2º del art. 7º explícitamente condiciona la punibilidad de una tentativa acabada a título de "crimen o simple delito frustrado" a que la consumación "no se verifi[que] por causas independientes de [la] voluntad" del hechor. Esto convierte al impedimento (voluntario) de la consumación por parte del autor en una condición negativa de la punibilidad de una tentativa acabada *sub specie* delito frustrado.[23] Y si esto vale tratándose de una tentativa acabada, entonces *a fortiori* tendría que valer, *mutatis mutandis*, tratándose de una tentativa inacabada.[24] En los términos del inc. 3º del art. 7º, esto supone entender que la falta de uno o más "hechos directos" necesarios para el complemento de la ejecución de delito ha de poder imputarse al agente como una evitación (voluntaria) de su consumación.[25]

---

[21] BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 125.

[22] BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 126.

[23] Nótese que eso determina que el concepto (legal) de delito frustrado quede definido como el concepto de una tentativa acabada no voluntariamente desistida. De eso no se sigue, empero, que la falta de desistimiento sea un componente del concepto (dogmático) de tentativa acabada. Para una defensa de la caracterización del desistimiento como un "elemento negativo" del concepto de tentativa, véase empero DOMÍNGUEZ, *El desistimiento de la tentativa*, 2013, pp. 79 ss., quien argumenta en referencia inmediata al art. 5º del CP uruguayo.

[24] Véase NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., t. II, 2005, pp. 140 s.

[25] Así, por ej., GARRIDO, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, 1984, pp. 187 ss.

La tesis de que el desistimiento ha de poder identificarse con la evitación o el impedimento de la consumación del delito que —en tal medida— deviene tentado deja de tener validez irrestricta si, como lo prevé la segunda oración del párr. 1º del § 24 del StGB, la punibilidad de la tentativa también puede resultar excluida por un desistimiento que, no satisfaciendo la ya referida exigencia de eficacia, asuma la forma de un "esfuerzo serio y voluntario por evitar la consumación". A este respecto es crucial no perder de vista que, no obstante ello, la operatividad de semejante desistimiento (impeditivamente) ineficaz queda en todo caso condicionada por la *falta de consumación* del delito respectivo. *Ergo*, aun cuando tal regulación prescinde de la exigencia de eficacia como condición necesaria de una exclusión de la punibilidad por desistimiento, este ve preservado su estatus como desistimiento de una *tentativa*.[26]

2. ¿El desistimiento como "modificación del hecho"?

La desambiguación recién ofrecida tiene importancia frente a la pregunta por la "naturaleza jurídica" del desistimiento. La literatura especializada conoce prácticamente todas las respuestas dogmáticamente concebibles, las cuales quedan en mayor o menor medida condicionadas por la concepción que se asuma en cuanto al fundamento de su operatividad como obstáculo a la punibilidad (*lato sensu*) de la tentativa.[27] Aquí interesa especialmente considerar el mérito de la versión actualizada de "teoría jurídica" defendida por JAKOBS, que lo lleva a caracterizar el desistimiento como una "modificación del hecho".[28] La detección de las deficiencias constructivas que aquejan a este planteamiento puede contribuir a perfilar con exactitud la concepción del desistimiento susceptible de ser elaborada a partir del modelo teórico aquí favorecido.

Que el enfoque de JAKOBS admite ser entendido, sin distorsión alguna, como una versión actualizada de una "teoría jurídica" en lo concerniente a la relación entre la tentativa y el desistimiento, queda de manifiesto en el uso que aquel hace de la expresión "anulación", que justamente identifica una variante de tal "teoría jurídica",[29] para tematizar el efecto que un "comportamiento de desistimiento" habría de desplegar respecto de la tentativa que representa

---

[26] De ahí que, como contrapartida, las reglas que —estando característicamente formuladas en la parte especial del respectivo código penal— hacen posible una liberación de pena en virtud del "arrepentimiento activo" (*tätige Reue*) de una persona a la cual ya es imputable un hecho punible *consumado* de determinada especie —característicamente, constitutivo de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto—, *no* puedan ser entendidas como reglas que preverían la posibilidad de un correspondiente "desistimiento". Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 219 ss.

[27] Véase BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 103 ss.; DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, pp. 97 ss.

[28] JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 85 ss.; véase también HEINTSCHEL-HEINNEGG, *ZStW*, (109), 1997, pp. 43 ss., 47 ss. En detalle al respecto, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, pp. 68 ss.

[29] Tradicionalmente atribuida a ZACHARIÄ; véanse GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, pp. 14 ss.; SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*, 2006, pp. 21 ss., 87 ss., con múltiples referencias ulteriores. Para un todavía más explícito intento de revitalización de esta concepción, HAAS, *ZStW*, (123), 2011, pp. 241 s.

su objeto de referencia.[30] La premisa decisiva para la caracterización del desistimiento como una "modificación del hecho" (*Tatänderung*) la encuentra JAKOBS en la proposición de que "solamente el presente se deja modificar".[31] Sobre esta base tendría que quedar estrictamente fijada la demarcación entre lo que puede "todavía" contar como la modificación del hecho frente a lo que contaría "ya" como un "comportamiento posterior al hecho" (*Nachtatverhalten*).

JAKOBS es suficientemente explícito en cuanto a la drasticidad de la restricción de la operatividad del desistimiento que se sigue de ese punto de partida.[32] Pues solo sería posible desistir de una tentativa para quien todavía tiene control sobre la efectiva materialización del riesgo cuya actualización habría de conllevar, bajo la representación del propio agente, la realización del tipo. En cualquier otra situación, la respectiva tentativa contaría, en cambio, como fallida, esto es, como no susceptible de ser "anulada" por vía de desistimiento.[33] Para ilustrar el criterio así alcanzado, consideremos el ejemplo que JAKOBS mismo ofrece de él:

> 8. Si el hechor dispara contra su víctima y tiene por no improbable una muerte inmediata, mas resultando la víctima solo lesionada, entonces el riesgo de un homicidio inmediato ha quedado irreparablemente perdido a través de la acción ya ejecutada; si ahora el hechor salva a la víctima de una hemorragia de una manera seguramente eficaz para ello, esto no puede alterar en lo absoluto el fracaso [*Fehlschlag*] del homicidio inmediato, puesto que este fracaso yace ya en el pasado.[34]

La cita muestra, con suficiente contundencia, cuán revisionista llega a ser la tesis de JAKOBS. Pues este niega que, en el caso del ejemplo, el comportamiento posterior del hechor pueda constituirse como un desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa de homicidio que le es imputable, a pesar de que ese comportamiento posterior indudablemente representa un impedimento (eficaz) de la consumación del potencial homicidio. En la medida en que ese impedimento de la consumación sea voluntario, ello tendría que dar lugar, en conformidad con la primera oración del párr. 1º del § 24 del StGB, a una exclusión de la punibilidad de la correspondiente tentativa (acabada) de homicidio.[35] Y en contra de lo sugerido por JAKOBS,[36] ello no admite ser controvertido, *de lege lata*, en razón del carácter *azaroso* de la falta de realización del riesgo de un "homicidio inmediato", que como tal no debería favorecer al hechor.[37] Pues la regulación así plasmada reconoce al agente que según su propia

---

[30] Véase JAKOBS, *ZStW*, (104) 1992, pp. 83 s.

[31] JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 88.

[32] JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 89 ss., 98 ss.

[33] Véase JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 93 s., 98 s.

[34] JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 93.

[35] Fundamental al respecto, BERGMANN, «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», *ZStW*, (100), 1988, pp. 345, 352, llamando la atención acerca de la inadecuación de semejante versión "estricta" de la tesis de la consideración individual, *de lege lata*, frente al tenor del párr. 1º del § 24 del StGB.

[36] Así JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 92; véase también HEINTSCHEL-HEINEGG, *ZStW*, (109), 1997, pp. 44 ss.

[37] No está de más observar que semejante aversión al azar no es susceptible de ser consistentemente implementada, sin más, como clave de reconstrucción de la dogmática de la tentativa. Pues tanto la demarcación de la consumación frente a la tentativa, por un lado, como la demarcación de esta frente a la "mera preparación", por otro, están condicionadas por manifestaciones de la "suerte resultativa" y la

representación de las circunstancias cuenta *fortuitamente* con la chance de impedir el acaecimiento del resultado, y así la consumación del delito respectivo, la oportunidad para, por esa vía, tomar posición *de manera no fortuita* contra su comportamiento precedente, el cual de lo contrario le sería imputable como delito consumado. Y es precisamente semejante toma de posición *contra su precedente toma de posición* contra la norma lo que puede dar lugar a la exclusión de la punibilidad de la tentativa ya "irrevocablemente" constituida.[38]

La tesis de JAKOBS no logra dar cuenta de la ya analizada bidimensionalidad del desistimiento. Pues el sentido en el cual cabe identificar el desistimiento con la "modificación" de un hecho delictivo todavía actual es únicamente el sentido en el cual el desistimiento (eficaz) obsta a la constitución de un delito *consumado*. Respecto de la *tentativa* así configurada, empero, el desistimiento siempre aparece, inexorablemente, como un "comportamiento posterior-al-hecho".[39] Con ello, la pregunta que debe ser respondida apunta precisamente al significado atribuible a tal (posterior) *toma de posición* del agente acerca del quebrantamiento de la norma que le es imputable, en cuanto toma de posición que tiene lugar en una situación en la cual aún no se encuentra definido el estatus de ese quebrantamiento de la norma como un delito consumado o tentado.

3. El desistimiento como revisión (imputable) del quebrantamiento de la norma

3.1. Los presupuestos de la toma de posición a favor de la norma quebrantada

La mejor caracterización disponible de la toma de posición del agente, potencialmente constitutiva de un desistimiento, la encontramos en la observación, aportada por KINDHÄUSER, de que aquel puede ser entendido como una *revisión* de la contradicción de la norma imputable al autor.[40] Esto determina, en lo inmediato, que el desistimiento deba ser categorialmente situado en el nivel de referencia de la norma de sanción que refuerza la vigencia de la norma de comportamiento de cuyo quebrantamiento se trata. Pues este es el nivel en el cual queda situada la tematización de la puesta en cuestión de la norma de comportamiento.[41]

"suerte circunstancial"; véase, respectivamente, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 481 ss.; EL MISMO, «Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción», *Revista Chilena de Derecho*, (46), 2019, pp. 837 ss.

[38] Fundamental al respecto, MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 39 ss., quien acertadamente muestra que la solución de JAKOBS es, en último término, incompatible con la aceptación de la distinción entre consumación y tentativa. En contra de su propia pretensión, esto tiende a ser confirmado por la observación de DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 126, en cuanto a que a la tesis de la consideración individual, defendida —en una versión particularmente radical— por JAKOBS, "meramente subyace otro entendimiento de 'consumación del hecho'", a saber, uno bajo el cual "el delito tentado se consuma, si la tentativa ha avanzado máximamente, esto es, si el hechor ha alcanzado la conclusión de la tentativa".

[39] MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 s.

[40] KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat,* 1989, pp. 217 ss.

[41] En la misma dirección, FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, p. 25.

Precisamente esto resulta formalmente expresado en la caracterización de las reglas que especifican las condiciones positivas y negativas de la punibilidad de una tentativa de delito como reglas que hacen de esta una forma no-autónoma de comportamiento punible que, no obstante su falta de adecuación típica, exhibe una distintiva *referencia-al-tipo*. Si las reglas que definen las condiciones de punibilidad de la tentativa complementan la norma de sanción que tipifica el delito respectivo, para así volver punible un quebrantamiento de la norma de comportamiento (reforzada por esa norma de sanción) que no llega a realizar ese mismo tipo-de-delito (y que por ello no ejemplifica la forma de comportamiento antinormativo que es definitoria del correspondiente género delictivo)[42], entonces ese también es el lugar lógico que ocupan las reglas que especifican las condiciones para una exclusión de la punibilidad de la tentativa en virtud del desistimiento de esta.

Lo anterior es consistente con que los criterios de cuya satisfacción depende la punibilidad o la falta de punibilidad de un comportamiento sean lógicamente independientes de los criterios para su (eventual) antinormatividad.[43] De ahí que la caracterización del desistimiento como un presupuesto negativo de la punibilidad de un comportamiento constitutivo de tentativa solo pueda descansar en la consideración de que, al desistirse, el autor "refuta" su previa declaración (concluyente) de no reconocer la norma como razón vinculante para la acción. Pues solo en la medida en que el comportamiento posteriormente desplegado por el agente resulte expresivo de un reconocimiento positivo de la norma como premisa vinculante cabe explicar que resulte excluida la reacción punitiva referida a la tentativa imputable a aquel; a saber: por el hecho de que la toma de posición situacionalmente *definitiva* del autor respecto de la norma consiste en su reconocimiento como premisa vinculante, cuya eficacia como tal tendría que ser, en caso contrario, punitivamente afirmada.[44]

Lo anterior exige indagar en por qué tal toma de posición revisora del propio quebrantamiento de la norma depende de que este quebrantamiento no se presente todavía como constitutivo de un delito consumado. Ello equivale a explicar por qué no es concebible, *stricto sensu*, el desistimiento de un delito (ya) consumado. La respuesta emerge con la consideración, ya sugerida, de que la consumación de un delito equivale a la *perfecta congruencia performativa* que exhibe el comportamiento imputable en cuanto soporte de la declaración de la falta de reconocimiento de la norma (en tal medida) quebrantada.[45] En efecto, la manera performativamente perfecta de declarar que no se reconoce como premisa vinculante una norma que prohíbe o requiere acciones de un cierto tipo consiste en no omitir o no ejecutar una acción que en efecto llega a satisfacer la descripción que la convierte en una instancia del tipo-

---

[42] Que la tentativa exhibe, como forma de punibilidad "dependiente", una distintiva "referencia-al-tipo" (*Tatbestandsbezogenheit*), sin exhibir, empero, una "adecuación-al-tipo" (*Tatbestandsmäßigkeit*), es el hallazgo fundamental al que llegara BELING en su revisión del tratamiento que él diera a la tentativa en su monumental *Die Lehre vom Verbrechen*; véase BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, pp. 2, 17 s. Sobre esto, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 467 s.

[43] Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 218. Detalladamente acerca del problema, MAÑALICH, «Reglas primarias de obligación», *ZIS*, (11), 2012, pp. 578 ss., 582 ss.

[44] Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 218. Para un argumento sumamente próximo, véase GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, pp. 68 s. Aun cuando desde una perspectiva diferente, en esta dirección argumenta también AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, pp. 218 ss.

[45] En detalle, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 476 s.

de-acción sometido a prohibición o requerimiento. Esto quiere decir que la falta de reconocimiento de la norma respectiva, declarada a través de un comportamiento imputable a título de delito *consumado*, se distingue por ser pragmáticamente *inequívoca*. Y este carácter inequívoco de la correspondiente declaración portadora de significación delictiva trae consigo —cabría decir— una preclusión de la oportunidad para que el agente la refute a través del despliegue de un comportamiento que sirva de soporte a una contra-declaración.

Con ello, una revisión del quebrantamiento de la norma, capaz de condicionar una exclusión de su punibilidad, solo resulta procedente en tanto la declaración imputable al agente aún no se presente como inequívoca, esto es, en tanto el quebrantamiento de la norma en cuestión no aparezca como declarativamente perfecto. Solo en la medida en que el comportamiento ya desplegado por el agente no se identifique con un quebrantamiento perfecto de la norma cabe decir —haciendo uso de la terminología introducida por DOLD— que el agente todavía conserva la posibilidad de volver "confusa" (*perplex*) su toma de posición acerca de la norma.[46] Pues una vez que su toma de posición deviene inequívoca, para aquel deja de ser posible *rectificar* esa declaración por la vía de evitar o impedir que ella se constituya como una declaración performativamente perfecta. Y de ahí que no resulte posible interpretar el eventual comportamiento posteriormente desplegado por el destinatario de la norma como una contra-declaración rectificadora de su previa toma de posición contra la norma, si él asume que la posibilidad de que el delito se consume estaría ya excluida. Pues en una situación tal no es posible interpretar su comportamiento, con cargo a su propia representación de las circunstancias, como el aprovechamiento de una oportunidad para evitar o impedir la consumación. Esta trivialidad pragmática se expresa, dogmáticamente, en la caracterización del correspondiente quebrantamiento de la norma como constitutivo de una tentativa *fallida*.[47]

3.2. El significado del desistimiento como contra-declaración

Una ventaja de la concepción del desistimiento como una revisión del quebrantamiento de la norma radica en su prescindencia de la problemática sugerencia de que, al desistir, el autor de la tentativa "revocaría" su previo quebrantamiento de la norma. Pues esta última jerga vuelve ininteligible la consideración de que aquello de lo cual el autor se desiste *es* el quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada, que *ex post* llega a exhibir el estatus de una tentativa. Esto es crucial para captar el sentido preciso en el cual el desistimiento (voluntario) puede volver *retributivamente innecesaria* la reacción punitiva a la respectiva tentativa.[48]

Un comportamiento susceptible de resultar punible, a título de delito consumado o tentado, ha de ser imputable como una falta de reconocimiento de la norma como premisa vinculante, en la forma de la infracción de un deber situacionalmente fundamentado por esa misma norma,

---

[46] Véase DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 109 s., cuya propuesta teórica, con todo, no lleva a consecuencias idénticas a las aquí alcanzadas.

[47] Véase MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 34. Para un esbozo de la concepción ("belingiana") de la punición retributiva aquí asumida, véase MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret*, (2), 2015, pp. 6 ss., 11 ss., 18 ss.

[48] En esta dirección, ya MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 28 s.

según las propias capacidades atribuibles a su destinatario.[49] La infracción de ese deber, constituida por (el inicio de) la no-omisión o (el inicio de) la no-ejecución de una acción que el destinatario de la norma tendría que haber omitido o ejecutado para adecuar su comportamiento a la norma, no es pasible de ser retroactivamente suprimida (o "anulada") del mundo.[50] Por ello, un comportamiento posterior desplegado por el mismo agente, capaz de fundamentar una exclusión de la punibilidad de semejante infracción de deber en la forma de una revisión del precedente quebrantamiento de la norma, necesita ser interpretable como algo cualitativamente distinto de la mera renuncia a un posible nuevo quebrantamiento de la norma en cuestión. Puesto en otros términos: el desistimiento de la tentativa no puede ser identificado con la renuncia a una nueva toma de posición en contra de la norma de comportamiento ya quebrantada, sino que necesita ser identificado, más bien, con una toma de posición, "tardía, mas no demasiado tardía",[51] *a favor* de esa misma norma, en la forma de una toma de posición contra su propio quebrantamiento precedente de esa misma norma.[52]

No estaría de más observar que es exactamente un reconocimiento positivo de la norma imputablemente quebrantada, no reducible a la mera restitución (ficticia) de una situación de inexistencia de su quebrantamiento, aquello que según HEGEL sería definitorio del "restablecimiento del derecho" a través de la "cancelación del crimen" que define la operación de la pena desde el punto de vista de la "justificación objetiva" de esta.[53] Pues tal como queda ya anunciado en el § 82 de sus *Grundlinien*, "el restablecimiento del derecho" *mediado* por "la negación de su negación" tiene lugar en la forma de su propia reafirmación como "algo real y vigente".[54]

Pero aquí hay que advertir que la toma de posición a favor de la norma, operada a través de la toma de posición en contra del respectivo quebrantamiento de la norma, no puede ser identificada, por vía de generalización, con una toma de posición a favor del respectivo ordenamiento jurídico "en su conjunto". Pues el quebrantamiento de la norma del cual su destinatario pudiera eventualmente desistirse no se deja redefinir, por vía de generalización, como una toma de posición en contra de ese mismo ordenamiento jurídico "en su conjunto".[55]

---

[49] MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 54 ss., 57 ss.; MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 469 ss., 484 s.

[50] Fundamental, GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, pp. 66 s. Al respecto, HAAS, *ZStW*, (123), 2011, pp. 239 ss.

[51] Véase GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, p. 69.

[52] Véase MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 s., quien acertadamente observa que, a través de su desistimiento, el agente "emite la declaración contraria — y ya no referida a un hecho nuevo, sino referida al mismo hecho".

[53] Sobre esto, MIZRAHI, «La legitimación hegeliana de la pena», *Revista de Filosofía*, (29), 2004, pp. 13 ss. Latamente al respecto, RAMB, *Strafbegründung in der Systemen der Hegelianer*, 2005, pp. 31 ss.

[54] HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 82. Véase RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005, pp. 23 s. Acerca de la noción aquí relevante de vigencia, véase PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 37 s.; al respecto, ya MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 89 ss.

[55] Así, empero, PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 33; en contra, MAÑALICH, «*ExLibris*», *InDret*, (2), 2019, pp. 28 s. Para un pormenorizado argumento en la dirección opuesta a la de la tesis de PAWLIK, véase GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 54 ss.

De ahí que, como observa MURMANN, "[e]l desistimiento se refier[a] a la máxima-de-injusto expresada a través del hecho concreto y no a la actitud general del hecho ante el derecho".[56] Esto basta para descartar la plausibilidad de la fundamentación de la exclusión de la punibilidad ofrecida por la concepción del desistimiento asociada a la así llamada "teoría del fin (preventivo-especial o preventivo-general) de la pena".[57] Pues el desistimiento *de la tentativa* no puede ser entendido como un genérico "regreso a la legalidad",[58] sino solo como la revisión de un quebrantamiento todavía no declarativamente inequívoco de la respectiva norma de comportamiento.

3.3. Las dos modalidades de la toma de posición a favor de la norma y los dos niveles de su imputación

La toma de posición del agente a favor de la norma, capaz de ser reconocida como un desistimiento excluyente de la punibilidad de la respectiva tentativa, puede tener lugar de dos maneras, a saber: o bien en la forma de una evitación de la consumación a través de un *cumplimiento* todavía posible del mismo deber cuya infracción ya es imputable al agente, que es lo propio de lo que *ex post* cuenta como el desistimiento (eficaz) de una tentativa inacabada; o bien en la forma de un impedimento de la consumación a través de la ejecución de una acción que *supererogatoriamente* trasciende el deber cuya infracción ya es imputable al agente, que es lo propio de lo que *ex post* cuenta como el desistimiento (eficaz) de una tentativa acabada.[59]

Que en este último caso el comportamiento constitutivo de desistimiento es expresivo de un *reconocimiento positivo* de la norma como premisa, no reducible a una mera falta de reconocimiento de la misma norma, debería ser fácil de advertir. Pues es claro que un impedimento de la consumación resultante de una acción cuya ejecución no resultaba exigida por la norma *en la situación* en la que quedara fundamentado el deber (de abstención o de acción) infringido por su destinatario no es reducible a la mera renuncia a una nueva toma de posición contra la norma en cuestión. Considérese el caso siguiente:

---

[56] MURMANN, «Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts durch Verzicht auf active Erfolgsherbeiführung», *GA*, (159-12), 2012, p. 720. Hay que advertir, con todo, que MURMANN hace suya una concepción de la tentativa inacabada según la cual esta quedaría ya iniciada en el instante en que el agente ejecuta una "acción preparatoria próxima al tipo" con la intención de llegar a ejecutar la "acción típica", lo cual implicaría que la norma así quebrantada no sea la misma que aquella cuyo quebrantamiento es constitutivo del respectivo delito consumado, en relación con la cual la primera cumpliría la función de una "norma de flanqueo". Véase MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 5 s., 10 ss., 24 ss., 33 ss.; críticamente al respecto, MAÑALICH, *Isonomía*, (51) 2019, pp. 50 ss., 54 ss. De ahí que no resulte plausible, sin más, la tesis de que ya la renuncia a materializar la intención de alcanzar la ejecución de la respectiva acción principal "confirme la validez de la norma 'primaria' de comportamiento"; así empero MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 35.

[57] Véase ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 30, nm. 4 ss.; MUÑOZ CONDE, «Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *ZStW*, (84), 1972, pp. 760 ss.

[58] Así p.ej., HERRMANN, *Der Rücktritt im Strafrecht*, 2013, pp. 263 s. Acertadamente en contra JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 88; para una pormenorizada revisión crítica, POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 72 ss., 81 ss. En la literatura más reciente, véase DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 18 ss., quien ofrece una impugnación de la "teoría del fin de la pena" tanto en su variante preventivo-general como en su variante preventivo-especial.

[59] Al respecto, y detalladamente, MAÑALICH, «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación», *Política Criminal*, (15-30), 2020 (de próxima publicación), sección 1.2.

> A dispara tres veces su arma de fuego, "a quemarropa" contra B, dejándolo gravemente herido; antes de perder la consciencia, B suplica a A que se apiade de él y lo conduzca hasta un hospital, lo cual en definitiva ocurre, logrando B ser salvado por el equipo médico que le brinda atención.

Los disparos que dejan herido a B convierten a A en garante por injerencia, quedando este obligado, en consecuencia, a impedir que B muera. Con ello, al dejar a B en el hospital, donde la vida de este logra ser salvada, A cumple con el deber que, en cuanto garante, le impone la norma de *requerimiento* cuyo quebrantamiento sería constitutivo de un homicidio omisivo.[60] Pero en lo que aquí interesa, al hacer efectivamente posible el salvamento de B, A al mismo tiempo impide la consumación del respectivo homicidio comisivo, desistiéndose así de la correspondiente tentativa acabada. Y puesto que esta tentativa acabada de homicidio (comisivo) se corresponde con la infracción de un deber fundamentado por la *prohibición* de matar a otro ser humano, es claro que, en relación con el deber de abstenerse de disparar contra B, cuya infracción es constitutiva de esa misma tentativa, el impedimento de la muerte de B por la vía de asegurar su salvamento por el equipo médico va "más allá" de esa exigencia ya incumplida.[61] De ahí que el traslado de B hasta el hospital, efectuado por A, sea aquí interpretable como un reconocimiento positivo de la prohibición del homicidio, resultante en que A impida, a través de la ejecución de esa acción, que su comportamiento precedente llegue a ejemplificar el tipo de acción sometido a esa prohibición.

En referencia al caso recién considerado, es crítico notar que la caracterización del impedimento de la consumación del homicidio (comisivo) en cuestión como la ejecución de una acción (jurídicamente) supererogatoria descansa en la posibilidad de diferenciar un concepto absoluto y un concepto relativo de supererogación. La ejecución de una acción es *relativamente* supererogatoria cuando, en relación con un determinado deber (jurídico) cuyo cumplimiento o incumplimiento pudiera ser atribuible a un agente en la situación respectiva, aquella va más allá de la exigencia de comportamiento representada por ese mismo deber.[62] En cambio, la

---

[60] Que el cumplimiento de un deber de garantía fundamentado por una norma de requerimiento no necesita ser "personalísimo", pudiendo, en cambio, tener lugar por vía de delegación (*lato sensu*), es acertadamente notado por VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 172.

[61] Nótese que a la misma conclusión cabe llegar en referencia a casos en los cuales, a diferencia del recién considerado, la norma que fundamenta el deber ya infringido por el autor de la respectiva tentativa acabada es idéntica a la norma que pudiera fundamentar un deber susceptible de ser cumplido a través de la ejecución de la acción por la cual, al mismo tiempo, aquel se desiste de esa tentativa. Esto puede ocurrir, característicamente, en casos de tentativa de un delito omisivo. Que en estos casos sigue siendo correcta la caracterización deóntica del correspondiente desistimiento como una instancia de comportamiento (relativamente) supererogatorio, a pesar de que ese mismo comportamiento sería coextensivo con el cumplimiento de un deber (fundamentado por la misma norma), se explica por la circunstancia de que la identidad de la norma capaz de servir como fundamento de dos deberes no implica la identidad de los deberes fundamentados por aquella. De acuerdo con la tesis aquí asumida, la subsistencia de la situación en la cual la norma fundamenta el deber en cuya infracción consiste la respectiva tentativa sirve como el criterio para determinar cuándo la tentativa cuenta como acabada, a saber: en el instante en el cual esa situación resulta extinta. En detalle al respecto, MAÑALICH, «Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa», 2020 (de próxima publicación), *passim*.

[62] No estaría de más observar que semejante relativización de la caracterización deóntica de un comportamiento está lejos de representar una maniobra *ad hoc*. Es perfectamente legítimo (e indispensable para determinados propósitos), p.ej., caracterizar una acción o bien como prohibida o bien

ejecución de una acción es *absolutamente* supererogatoria cuando aquella sobrepasa la totalidad de las exigencias (jurídicas) de comportamiento que pudieran recaer sobre el agente en la situación respectiva. Es claro que el concepto aquí relevante es el de supererogación relativa, precisamente porque, *en relación con* el deber cuya infracción se identifica con la posible tentativa acabada, el impedimento de la consumación del delito correspondiente necesariamente sobrepasará la exigencia de comportamiento en la que consiste ese mismo deber. Y esto es obviamente compatible con que, en la situación que le brinda la oportunidad para impedir la consumación del delito en cuestión, sobre el agente recaiga un *deber* (jurídico) *distinto*, susceptible de verse cumplido a través del mismo comportamiento por medio del cual el agente pudiera desistirse de la tentativa en cuestión.

Pero también en los casos de desistimiento de una tentativa inacabada, en los cuales el desistimiento admite ser identificado con el cumplimiento del deber ya (inicialmente) infringido por el destinatario de la norma, aquel necesita corresponderse con un reconocimiento positivo de esa misma norma, que como tal no será reducible a la mera renuncia a quebrantarla nuevamente. Para entender por qué, es necesario reparar en que entre los conceptos de *incumplimiento de un deber* y *cumplimiento de un deber* existe una relación de oposición contraria, y no de oposición contradictoria.[63] Esto quiere decir que, respecto de un posible deber "d" y una persona "P", si bien no es posible que las proposiciones expresadas en las oraciones "P incumplió d" y "P cumplió d" sean conjuntamente verdaderas, sí es posible que ellas sean conjuntamente falsas.

Que es posible que una persona no incumpla un deber sin al mismo tiempo cumplir ese deber, lo ilustra el hecho de que mientras escribo estas líneas no esté incumpliendo deber alguno fundamentado por la prohibición del homicidio, sin que ello implique que, al mismo tiempo, yo esté cumpliendo un deber fundamentado por esa misma prohibición. Para que esto último fuese el caso, mientras (sólo) escribo estas líneas tendría que encontrarme en una situación que, según mi propia representación de las circunstancias, me brinde la oportunidad de matar a otro ser humano, de manera tal que mi comportamiento pueda ser interpretado como la abstención de dar muerte a otro ser humano.[64] Y es del todo concebible que, mientras escribo estas líneas, no se configure semejante oportunidad.

De ahí que del hecho de que una persona no esté incumpliendo un deber determinado no pueda inferirse que ella esté cumpliendo ese mismo deber: *tertium datur*. Por ello, si aún subsiste la situación en la cual quedó fundamentado el deber ya (inicialmente) infringido —esto es, ya "incumplido"— por el destinatario de la norma, este todavía puede todavía tomar posición *a favor* de esta por la vía de ejecutar u omitir una acción *en cumplimiento* de ese mismo deber, precisamente porque este cumplimiento (todavía posible) del deber en cuestión no será reducible a la mera inexistencia de su incumplimiento.[65]

---

como permitida bajo una determinada norma, sin que ello prejuzgue cuál sea el estatus deóntico de esa misma acción bajo un conjunto más amplio de normas (al cual la norma en cuestión pudiera pertenecer).

[63] Acerca de las relaciones lógicas expresables a través del esquema del "cuadrado lógico", véase JOERDEN, *Logik im Recht*, 2ª ed., 2010, pp. 7 ss.

[64] Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 42; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 35 s.

[65] Esto es pasado por alto por DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 110, n. 3, cuando observa que "en el derecho penal [no hay] tomas de posición positivas acerca de la vigencia de

Que tanto la evitación obligatoria (o "erogatoria") como el impedimento supererogatorio de la consumación del delito correspondiente puedan ser interpretados como una toma de posición del destinatario de la norma a favor de esta, equivale a que el comportamiento constitutivo de desistimiento le sea *imputable* como un reconocimiento de la norma quebrantada *qua* premisa vinculante. Los criterios de cuya satisfacción depende la imputabilidad del desistimiento como una revisión del quebrantamiento de la norma, a modo de un reflejo de los criterios que condicionan la imputabilidad del quebrantamiento de la norma, pueden entenderse organizados en dos niveles diferentes,[66] a saber: en el nivel de una *imputatio facti*, por un lado, y el nivel de una *imputatio iuris*, por otro.[67]

En el primer nivel de imputación, la pregunta consiste en si, en atención a la capacidad-de-acción del agente, la evitación o el impedimento de la consumación puede atribuírsele a título de desistimiento, en la forma de una *imputatio facti*. Este es el *locus logicus* al que pertenece, entre otros, el debate acerca de si el desistimiento ha de satisfacer un determinado estándar que cualifique la exigencia de eficacia, tal como lo sostienen, verbigracia, quienes defienden el estándar de la "prestación óptima".[68] En el segundo nivel, se trata de si el desistimiento es imputable al destinatario de la norma como una toma de posición motivacionalmente autónoma a favor de esta, en la forma de una *imputatio iuris*. Es en este nivel donde queda radicada la pregunta por el sentido y alcance de la exigencia de *voluntariedad* que ha de satisfacer el desistimiento para dar lugar a una exclusión de la punibilidad de la tentativa.

---

normas de comportamiento", lo cual descansaría en que, jurídico-penalmente, la intención de *no* quebrantar una norma de comportamiento y la *inexistencia* de una intención de quebrantar una norma de comportamiento serían enteramente equivalentes. Semejante equiparación de la *negación interna* y la *negación externa* de la (afirmación de la) existencia de una intención de quebrantar la norma de comportamiento en cuestión desconoce que la imputación jurídico-penal, construida sobre el modelo contrafáctico de una persona que practica la fidelidad al derecho, convierte el seguimiento intencional de la norma respectiva en el objeto de referencia de la expectativa de fidelidad al derecho cuya defraudación legitima el reproche de culpabilidad. Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 18, 20 s., 25, 42 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 68 s. De ahí que una toma de posición personal contra la norma no consista más que en su falta de reconocimiento como premisa vinculante en una situación en la que cabía esperar tal reconocimiento de parte de su destinatario. Que una reacción jurídico-penal solo proceda en contra de una falta de toma de posición a favor de la norma respectiva, no implica que esa misma reacción no pueda quedar *excluida* en virtud de una toma de posición a favor de la norma.

[66] Fundamental, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 218 s.

[67] Para una presentación canónica de esta distinción, véase HRUSCHKA, «Imputation», *Brigham Young University Law Review*, (3), 1986, pp. 682 ss. Que la distinción así planteada es inmediatamente pertinente aquí, lo muestra la observación de AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, pp. 225 s., en cuanto a que una "coacción absoluta" (en el sentido de una *vis absoluta*) no compromete la voluntariedad del desistimiento, sino solo el carácter-de-acción del comportamiento potencialmente constitutivo de desistimiento. En general acerca de la distinción de los dos niveles en los cuales se desenvuelve el concepto adscriptivo de coacción, véase MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 279 ss., 301 s.

[68] Al respecto y en detalle, ALCÁCER, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, pp. 60 ss., 77 ss.

4. El desistimiento de la tentativa como excusa absolutoria

Para cerrar esta indagación, cabe observar que el argumento hasta aquí presentado lleva a una respuesta unívoca de la pregunta por la "naturaleza jurídica" del desistimiento.[69] En cuanto condición negativa de la punibilidad de la tentativa, la función del desistimiento no logra ser adecuadamente descrita a través de su caracterización, en la terminología que hace suya buena parte de la doctrina alemana, como una "causa personal de *cancelación* de la pena",[70] cuyo equivalente en la tradición jurídica hispánica sería la categoría de una "causa de extinción de la responsabilidad penal".[71] Pues los factores que tradicionalmente reciben esta última denominación —verbigracia: la prescripción de la acción penal, o el otorgamiento de un indulto— se distinguen por no mostrar una conexión *interna* con el comportamiento punible,[72] con lo cual deviene imposible dar cuenta de la bidimensionalidad que el desistimiento exhibe en su doble referencia a-la-consumación y a-la-tentativa.[73]

Y más precisamente todavía: bajo la concepción del desistimiento como una revisión imputable del quebrantamiento de la norma, ya presentada, la exclusión de la punibilidad de la tentativa resultante de aquel no admite ser explicada como la "cancelación" —*qua* supresión retroactiva— de una punibilidad "ya fundamentada".[74] Pues que el comportamiento posteriormente desplegado por el agente admita ser interpretado como un desistimiento de su tentativa solo se deja establecer *ex post*, una vez que consta que el quebrantamiento de la norma que le es imputable tiene el carácter de una tentativa, y no, en cambio, el carácter de un delito consumado. Ello impide sostener que la punibilidad de esa misma tentativa, en cuanto *tentativa*, hubiera podido quedar configurada previamente.[75] Por ello, es preferible la caracterización dogmática del desistimiento como una "causa de exclusión de la pena"

---

[69] Sobre el debate doctrinal existente al respecto, véase solo POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 217 ss.

[70] Así recientemente, HERRMANN, *Der Rücktritt im Strafrecht*, 2013, pp. 18 ss. Sobre el problema, véase BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 105 ss.; latamente al respecto, BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 147 ss., 166 ss.

[71] Esto es pasado por alto por DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, pp. 136 s., quien asume sin más que el equivalente hispánico de la categoría de una *Strafaufhebungsgrund* consistiría en una "excusa legal absolutoria". Para un reconocimiento de la distinción, véase en cambio POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 225 ss.

[72] JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 126 ss.

[73] *Supra*, 1.1.

[74] Para un argumento tendencialmente en esta dirección, véase BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 168 ss., 172 ss., aun cuando desde la perspectiva provista por la "teoría del fin de la pena", que lo lleva a asumir un enfoque favorable a la "consideración global" de la tentativa y el desistimiento, resultante en la tesis de que el desistimiento modificaría ya "el contenido de injusto del hecho".

[75] Así, empero, MARTÍNEZ-BUJÁN, «García Pérez, Octavio: La punibilidad en el derecho penal, Ed. Aranzadi, Madrid, 1997 (433 páginas)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, (5), 2000, pp. 387 ss., con n. 6.

(*Strafausschließungsgrund*),[76] lo cual, en el contexto de nuestra tradición jurídica, encuentra su equivalente más próximo en la noción de una *excusa absolutoria*.[77]

Para hacer dogmáticamente admisible esta última caracterización, empero, es imprescindible clarificar el sentido en que la categoría de la punibilidad *stricto sensu* se identifica con aquello que se encontraría "más allá" de los presupuestos de un injusto culpable. Bajo el modelo de teoría de las normas aquí favorecido, por "punibilidad" (en sentido estricto) ha de entenderse la propiedad de un comportamiento consistente en que este satisfaga el conjunto de condiciones, extrínsecas a la constitución del quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento en cuestión, de las cuales depende que ese quebrantamiento de la norma se convierta, en el nivel de las correspondientes normas de sanción, en el antecedente de una reacción punitiva. Tratándose del quebrantamiento de una norma de comportamiento representado por una posible tentativa, que el desistimiento opere como una condición negativa de la punibilidad significa que este priva a esa tentativa de la cualidad de servir como antecedente de una reacción punitiva. Y el fundamento de la exclusión de punibilidad así condicionada radica en que quien se desiste de la tentativa que le es imputable refuta por sí mismo, en un momento en que todavía puede hacerlo, la declaración de no reconocer la norma (en tal medida: imperfectamente) quebrantada como premisa vinculante, lo cual vuelve innecesaria, *a su respecto*, una refutación punitiva de esa misma declaración.[78]

Esta categorización del desistimiento trae consigo una solución satisfactoria del problema consistente en la determinación del alcance personal de la exclusión de la punibilidad de la tentativa por desistimiento en contextos de "co-intervención delictiva". Pues más allá de cuál sea el nivel de accesoriedad ("cualitativa") al cual el respectivo sistema jurídico someta una imputación a título de participación,[79] la caracterización del desistimiento como una condición negativa de la punibilidad *de la tentativa* hace adecuadamente reconocible que —a diferencia de lo sugerido por la "teoría de la unidad"— el desistimiento no compromete (negativamente) la existencia de la tentativa cuya punibilidad puede resultar excluida en virtud de ese mismo desistimiento.[80] Antes bien, y en cuanto semejante exclusión de la punibilidad esté

[76] Acerca de su relación con la noción de causa de cancelación de la pena, véase BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 13 ss.; en inmediata referencia al desistimiento, SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*, 2006, pp. 155 s.

[77] Fundamental al respecto, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en Derecho penal*, 1997, pp. 163 ss., 392 s.

[78] Similarmente, FRISCH, *InDret*, (3), 2014, p. 25: "Quien se aparta así de su propio cuestionamiento del Derecho y regresa a la senda del mismo, revoca con ello idealmente ese cuestionamiento y convierte en superfluo un rechazo expreso estatal a través de la condena reprobadora y la pena". Nótese, con todo, que el recurso a la metáfora de un "regreso a la senda del derecho" necesita ser sustituido, bajo la concepción aquí defendida, por la especificación de que es (nada más que) la norma situacionalmente quebrantada aquello cuyo reconocimiento ha de ser declarado por quien de esa manera *revisa* el quebrantamiento de esa misma norma.

[79] Lo cual, como es obvio, impacta directamente en la viabilidad sistemática de la concepción del desistimiento como una "causa de exclusión de la culpabilidad", en la senda marcada por ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976, pp. 90 ss. Para una defensa más reciente de esta posición, véase SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*, 2006, pp. 137 ss., 151 ss.

[80] Ello determina que la solución recientemente defendida por DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 113 ss., no goce de plausibilidad. DOLD mantiene la tesis de que el desistimiento de la tentativa operaría, en relación con esta, como una "causa impeditiva del injusto"

condicionada por la ya considerada exigencia de eficacia, el desistimiento determina que el comportamiento de cuya punibilidad se trata en efecto sea constitutivo de una tentativa y no, *en cambio*, de un delito consumado.[81]

En la medida en que la exclusión de la punibilidad de la tentativa se funda en que el desistimiento es expresivo de una toma de posición a favor de la norma que ha de ser *personalmente imputable* como una revisión del previo quebrantamiento de esa misma norma, la correspondiente exclusión de la punibilidad de la tentativa solo puede favorecer a aquel o aquellos intervinientes en el quebrantamiento de la norma a quien o a quienes la revisión de este sea personalmente imputable.[82]

5. Bibliografía

ALCÁCER (2002), *¿Está bien lo que bien acaba?*, Comares, Granada.

AMELUNG (2008), «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (120), pp. 205 ss.

BELING (1930), *Die Lehre vom Tatbestand*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

BERGMANN (1988) «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (100), pp. 329 ss.

BINDING (1915), *Strafrechtlichte und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, Duncker & Humblot, Múnich y Leipzig.

BLOY (1976), *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Duncker & Humblot, Berlín.

(*Unrechtshinderungsgrund*), debiendo ser la noción relevante de "injusto" definida, en contraste con el uso doctrinal más generalizado, como indicativa de la conjunción de "las propiedades de un hecho punible que justifican reaccionar con una pena a este" (p. 114), a la vez que sostiene que de semejante "ordenación sistemática del desistimiento" no se dejarían extraer "consecuencias delictivo-sistemáticas inmediatas" (p. 115). No es fácil advertir cómo es usado el concepto de sistema categorial si se hace abstracción de las relaciones de inferencia e incompatibilidad que tal sistema pretendidamente fundamenta. Una objeción similar admitiría ser dirigida contra el intento de POZUELO por compatibilizar la tesis del desistimiento como "causa de exclusión del injusto típico" con el carácter accesorio de una intervención constitutiva de participación, si no fuera por el hecho de que ella explícitamente aboga por una relativización del "dogma" de la accesoriedad; véase POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 270 ss.

[81] Esta observación no deviene problemática en referencia a regímenes regulativos que, como el alemán, reconocen como forma alternativa de desistimiento (no eficaz) aquella consistente en un esfuerzo serio por impedir la consumación. Pues que aquello a lo cual se encuentra referido el desistimiento tenga el carácter de una tentativa también depende de la comprobación, solo posible *ex post*, de la falta de consumación del delito correspondiente. Véase *supra*, 1.2.

[82] Ello necesita ser sistemáticamente distinguido del problema del "distanciamiento previo" de un potencial interviniente, consistente en remover o neutralizar su propia contribución "en fase preparatoria". Latamente al respecto, FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, 2005, pp. 33 ss.

BURKHARDT (1975), *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlín.

DAVID (2009), *El desistimiento en la tentativa*, Marcial Pons, Buenos Aires.

DOLD (2017), *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tubinga.

DOMÍNGUEZ (2013), *El desistimiento de la tentativa*, BdeF, Montevideo y Buenos Aires.

FAD (2005), *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, Duncker & Humblot, Berlín.

FRISCH (2014), «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1065.pdf

GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Navarra.

GARRIDO (1984), *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klosterman, Fráncfort del Meno.

GUTMANN (1963), *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hansischer Gildenverlag, Hamburgo.

HAAS (2011), «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123), pp. 226 ss.

HEGEL (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. de 1911, Felix Meiner, Léipzig.

HEINTSCHEL-HEINEGG (1997), «Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109), pp. 29 ss.

HERRMANN (2013), *Der Rücktritt im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

HERZBERG (1987), «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», en KÜPER, (coord.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter der Gruyter, Berlín y Nueva York, pp. 325 ss.

HRUSCHKA (1986), «Imputation», *Brigham Young University Law Review*, (3), pp. 669 ss.

JÄGER (1996), *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, C.H. Beck, Heidelberg.

JAKOBS (1992), «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (104), pp. 82 ss.

JOERDEN (2010), *Logik im Recht*, 2ª ed., Springer, Berlín y Heidelberg.

KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

MAÑALICH (2020), «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación», *Política Criminal*, (15-30), de próxima publicación.

——— (2020), «Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa», (de próxima publicación).

——— (2019), «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Isonomía*, (51), pp. 29 ss.

——— (2019), «*ExLibris*», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), disponible en: http://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/exlibris-22019.pdf

——— (2019), «Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción», *Revista Chilena de Derecho*, (46), pp. 821 ss.

——— (2019), «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), pp. 296 ss.

——— (2017), «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho*, (44), pp. 461 ss.

——— (2015), «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho,* (2), disponible en: http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf

——— (2012), «Reglas primarias de obligación», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (11), pp. 571 ss., disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf

——— (2010), *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago.

——— (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.

MARTÍNEZ-BUJÁN (2002), «García Pérez, Octavio: La punibilidad en el derecho penal, Ed. Aranzadi, Madrid, 1997 (433 páginas)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, (5), pp. 385 ss.

MIZRAHI (2004), «La legitimación hegeliana de la pena», *Revista de Filosofía*, (29), pp. 7 ss.

MUÑOZ CONDE (1972), «Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (84), pp. 268 ss.

MURMANN (2012), «Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts durch Verzicht auf active Erfolgsherbeiführung», *Goldtammer's Archiv für Strafrecht*, (159-12), pp. 711 ss.

——— (1999), *Versuchsunrecht und Rücktritt*, C.F. Müller, Heidelberg.

NOVOA (2005), *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PAWLIK (2017), *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Nomos, Baden-Baden.

POZUELO (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RAMB (2005), *Strafbegründung in der Systemen der Hegelianer*, Duncker & Humblot, Berlín.

ROXIN (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, Múnich.

SANCINETTI (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá.

SCHUMANN (2006), *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*, Duncker & Humblot, Berlín.

ULSENHEIMER (1976), *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York.

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.

InDret
3.2020

Elena Larrauri
Universidad Pompeu Fabra

Martí Rovira
University of Oxford
-

Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales

¿La cultura del control se consolida en España desde las nuevas leyes de 2015?

Sumario

-

Este artículo presenta las novedades respecto la publicidad de las sentencias, el acceso al mercado laboral y la cancelación de los antecedentes penales. El objetivo es analizar específicamente el impacto de diversas leyes en España que desde 2015 exigen la presentación de un certificado de antecedentes penales para optar a diversos empleos, en especial el Certificado por Delitos de Naturaleza Sexual (CDNS) para actividades que se desarrollan con un contacto habitual con menores. Para ello se analizan los cambios en la legislación y su aplicación práctica. Para finalizar se reflexiona acerca de las transformaciones que estas novedades conllevan en la política criminal.

Abstract

-

This paper describes the developments regarding the publicity of convictions, access to the labour market and expungement of criminal records. The aim of this article is to analyse specifically the impact of the new laws that since 2015 require in Spain the presentation of a criminal record certificate to apply for an important number of positions. We focus specifically in the new 'Sexual Criminal Record Certificate' required for all occupations with a regular contact with children. Our research explains these new laws and analyses its practical implementation. Finally, we consider the transformations of criminal policy that these changes have entailed.

Title: *Publicity, request and expungement of criminal records. Is the culture of control increasing in Spain since the new laws in 2015?*

-

Palabras clave: Antecedentes penales, Publicidad, Datos personales, Discriminación laboral, Reinserción, Cancelación.

Keywords: *Criminal records, Publicity, Personal data, Discrimination in the labour market, Reentry, Expungement.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.09

-

InDret

3.2020

Recepción
24/04/2020
-
Aceptación
26/06/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. Leyes
2.1. Publicidad
a. La publicidad de las condenas en los delitos contra la Hacienda Pública
b. La ampliación del Registro Central de Penados por la conversión de faltas en delitos leves
c. El intercambio de antecedentes penales con otros países de la UE
2.2. Reinserción laboral
a. La nueva obligación de presentar un Certificado por Delitos de Naturaleza Sexual (CDNS) para posiciones con un contacto habitual con menores
b. La obligación de presentar el certificado de antecedentes penales (CAP)
2.3. Cancelación
3. ***Aplicación práctica en España***
3.1. ¿Cuántas personas disponen de antecedentes penales?
3.2. ¿Para qué trabajos se exige un certificado de antecedentes penales?
3.3. ¿Se discrimina a las personas con antecedentes penales?
3.4. ¿Se cancelan efectivamente los antecedentes penales?
4. Discusión teórica
5. Bibliografía
Anexo I. Ejemplo de publicación de una condena por un delito contra la Hacienda Pública en el BOE
Anexo II. Tablas actualizadas de profesiones en que se requiere la presentación de un certificado con información sobre condenas (CDNS o CAP)
Anexo III. Ficha técnica investigación mediante encuesta sobre los motivos para requerir el certificado de antecedentes penales

-

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

-

1. Introducción*

El pasado 23 de marzo de 2020 recibimos un correo en que un técnico en un proyecto de inserción laboral que trabaja con personas privadas de libertad nos consultaba acerca de la actualización del artículo "Reinserción laboral y antecedentes penales" (LARRAURI y JACOBS 2011) [1]. Este fue el estímulo que nos impulsó a redactar el presente artículo.

El objetivo de este estudio es actualizar nuestros conocimientos respecto fundamentalmente a la publicidad de los antecedentes penales y al impacto que estos tienen para acceder al mercado laboral. Desde que uno de los autores escribió diversos artículos con el profesor Jacobs ("¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España", JACOBS y LARRAURI 2010; y "Reinserción laboral y antecedentes penales", LARRAURI y JACOBS 2011), han pasado ya diez años. Desde entonces, han sucedido diversos cambios legislativos que justifican una puesta al día del tema de los antecedentes penales. Especialmente desde 2015, se han aprobado diversas leyes que indican que, si bien España no es Estados Unidos, la exigencia de un certificado de antecedentes penales ha devenido bastante habitual en algunos ámbitos.

Además de presentar de forma sistemática los últimos cambios legislativos referidos a los antecedentes penales, nuestro estudio persigue poner de manifiesto el impacto que estas reformas legales han producido en el mundo laboral. Para ello nos basamos en diversas investigaciones realizadas por Martí ROVIRA (2016)[2].

Sin duda, una motivación adicional es rendir un pequeño homenaje al Profesor James B. Jacobs, quien falleció el 19 de marzo de 2020. El fue quien nos descubrió este tema y nos inspiró y animó a proseguir en su estudio. Hemos intentado elaborar este trabajo con la exhaustividad, atención al detalle y objetividad que caracterizaban los suyos. Este texto se dedica a él.

Este artículo presenta las novedades legislativas referidas fundamentalmente a la publicidad de los antecedentes penales desde 2015 (apartado 2), y posteriormente sintetiza diversas investigaciones empíricas llevadas a cabo en España sobre su efecto en el mercado laboral (apartado 3). Finaliza con unas reflexiones acerca del impacto que estos cambios pueden producir en la política criminal adoptada en España (apartado 4).

2. Leyes

De acuerdo con LARRAURI (2015) el impacto de los antecedentes penales en cada sociedad depende fundamentalmente de las políticas existentes en torno a tres aspectos: 1) la publicidad

---

* Autores de contacto: Elena Larrauri, elena.larrauri@upf.edu; Martí Rovira, marti.rovira@sociology.ox.ac.uk. Elena Larrauri es Catedrática en Derecho Penal y Criminología en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). En su caso, este estudio se inscribe en el proyecto "*Ejecución y supervisión de la pena: Calidad de la intervención, legitimidad y reincidencia*» financiado por MINECO (Ref. DER2015-64403-P), FEDER, UE; también en el marco de las Ayudas a las acciones de dinamización "Redes de Excelencia" proyecto: *Desarrollo de un modelo criminológico y empírico de la política criminal* – Acrónimo EmpiriC –. Financiado por MCIU-AEI (Ref. DER2017-90552-REDT). Martí Rovira es British Academy Postdoctoral Fellow en el Departamento de Sociología de la Universidad de Oxdord y Non-Stipendary Postdoctoral Fellow en Nuffield College. En su caso, este trabajo se inscribe en el proyecto: "*Invisible Stripes?"* financiado por la British Academy (Ref. PF19\100020).

[1] Hubo una actualización en LARRAURI (2013).

[2] Véase en especial su tesis doctoral, codirigida por Elena Larrauri y Jorge Rodríguez-Menés, presentada en la Universidad Pompeu Fabra el 26 de Julio de 2016.

de estos, 2) la exigencia de certificados en el mercado laboral, y 3) las previsiones referidas a su cancelación. Este es el orden que seguimos en el presente apartado.

Publicidad

Por publicidad de los antecedentes penales nos referimos a la difusión y divulgación de condenas penales fuera del sistema judicial. Los tres principales cambios en este aspecto desde 2015 han sido: a) la publicidad de las condenas para delitos contra la hacienda pública, que ha quebrado la práctica de no dar publicidad a los datos personales contenidos en las sentencias; b) el aumento de hechos delictivos incluidos en los certificados de antecedentes penales, pues las anteriores faltas se han convertido en delitos leves, y en consecuencia, se han empezado a inscribir en el Registro Central de Penados; y 3) la inclusión en los certificados de antecedentes penales de las condenas en otros países de la Unión Europea. Detallamos cada uno de estos aspectos a continuación.

La publicidad de las condenas para delitos contra la Hacienda Pública.

La Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal (en adelante LO 10/2015) introduce el artículo 235 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En este artículo se señala que es público el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias por delitos en materias especialmente relevantes para el control fiscal: delitos contra la Hacienda Pública, delitos de insolvencia punible, cuando el acreedor sea el erario público, o los delitos de contrabando. En estos casos los secretarios judiciales deben publicar una certificación de estas condenas en el Boletín Oficial del Estado. Estos datos no se publican si el acusado ha consignado la totalidad de la cuantía correspondiente al perjuicio causado a la Hacienda Pública con anterioridad a la firmeza de la sentencia. En el anexo 1 se puede encontrar un ejemplo escogido aleatoriamente de la publicación de una condena por un delito contra la Hacienda Pública en el BOE.

Esta Ley establece la publicidad de los datos personales contenidos en las condenas por delitos contra la Hacienda Pública en base a que el bien protegido en estos casos, el sostenimiento de los gastos públicos tiene rango constitucional. También se señala que sería incongruente que se publicaran listas de morosos con Hacienda[3] y sin embargo quedara oculta la información por delitos de fraude fiscal de los grandes defraudadores.

Esta nueva ley supone una variación respecto al criterio anterior sobre la publicidad de las sentencias. Como tuvimos ocasión de explicar (JACOBS y LARRAURI 2010), si bien el artículo 120 de la Constitución da pie a sostener que 'las sentencias son públicas'[4], en la interpretación de esta disposición constitucional, sin embargo, los jueces han distinguido de forma muy tajante entre el derecho del público a estar presente en el juicio y su derecho a conocer los datos personales y obtener acceso a la sentencia.

[3] Las listas de deudores de más de un millón de euros con Hacienda, también conocidas como 'listas de morosos', se publican bianualmente en la sede de la Agencia tributaria (véase MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 2015). Esta lista es frecuentemente reproducida por periódicos que permiten una búsqueda en ella. Un ejemplo de esta lista se puede encontrar en AGENCIA TRIBUTARIA (2018).

[4] Artículo 120 de la Constitución española: "1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento; 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal; 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública."

Por ello, por un lado, las sentencias recogidas en las bases de datos no contienen los nombres de los condenados, pues son 'anonimizadas'[5]. Y, por otro lado, aunque la LOPJ establece que las personas interesadas tendrán acceso a las sentencias penales, los tribunales han interpretado la expresión "persona interesada" de forma muy restrictiva.

Esta interpretación restrictiva fue confirmada en la reforma de 2003 (Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) que añadió un segundo párrafo al art. 266 de la LOPJ, de acuerdo al cual "*El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad*, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las victimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes." (subrayado añadido)[6].

En la actualidad[7], el nuevo art. 235 bis de la LOPJ (introducido por el apartado treinta y cinco del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) refuerza la no publicidad de los datos personales contenidos en las sentencias y establece que

> "(...) el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, o a otras resoluciones dictadas en el seno del proceso, sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda."

En consecuencia, la LO 10/2015 referida a sentencias condenatorias por delitos en materias especialmente relevantes para el control fiscal, implica un viraje, aun cuando limitado a una tipología de delitos, al permitir dar publicidad a los datos personales contenidos en los fallos condenatorios.

Quizás este cambio sea fundamentalmente simbólico. Por un lado, se publican pocas sentencias de este tipo. En una búsqueda sistemática en la web del BOE sólo pudimos encontrar 43 publicaciones desde la entrada en vigor de esta Ley en 2015[8]. Por otro lado, a efectos prácticos es difícil acceder a estos datos. En el prefacio de esta ley se detalla que estos datos estarán desindexados, imposibilitando que se localice esta información por parte de buscadores de internet como Google[9] o Bing.

---

[5] Véase más en detalle en JACOBS y LARRAURI (2010).

[6] Además, esta interpretación restrictiva fue adoptada también en las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos. La Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales, no requería el consentimiento para el tratamiento de datos cuando estos figuren en fuentes de acceso al publico (art.6.2). Sin embargo, el art. 3j no enumeraba las sentencias como fuentes accesibles al público y por ello se concluyó que 'Las sentencias no son públicas' (Agencia Española de Protección de Datos 2008).

[7] Agradecemos al profesor Oriol Mir que nos haya alertado sobre esta última reforma.

[8] Búsqueda sistemática en el Boletín Oficial del Estado mediante el concepto "Juzgados de lo penal" en el apartado 'Departamento' y "Hacienda" en el apartado 'Texto'.

[9] Es difícil acceder a estos datos desde el buscador del mismo BOE. Incluso a nosotros nos costó encontrar las palabras clave para acceder a estos datos en el BOE. No obstante, resulta curioso que una vez localizadas las sentencias en el BOE pudiéramos acceder a ellas introduciendo el nombre de la persona en Google.

No obstante, si bien la ley solo habilita a la Administración a publicar los datos personales de las condenas referidas a fraude fiscal, será de interés seguir de cerca el debate de porqué solo los datos personales por este tipo de condenas deben ser objeto de publicidad; como también será interesante ver qué sucede si un periódico o una web las publican.

La ampliación del Registro Central de Penados por la conversión de faltas en delitos leves.
La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante LO 1/2015), suprimió las faltas y transformó una parte de estas en 'delitos leves'.

Con anterioridad, las faltas no se inscribían en las certificaciones de antecedentes penales (DÍEZ RIPOLLÉS 2016; LARRAURI y JACOBS 2011), según lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Sin embargo, con la entrada en vigor de esta ley los juzgados empezaron a enviar al Registro Central de Penados las condenas sobre los delitos leves.

Este cambio de faltas a delitos leves ha supuesto un importante incremento de las inscripciones de condenas publicables. En el periodo 2016-2018 se inscribieron una media anual de 281.166 condenas en el Registro Central de Penados[10]. Esto supone un incremento del 18.2% respecto a la media del periodo 2012-2014, correspondiente a los tres años anteriores a la aprobación de la reforma del Código Penal en 2015[11].

El intercambio de antecedentes penales con otros países de la UE.
La Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, ha puesto las bases legislativas para la entrada de España en el *European Criminal Records Information System* (en adelante ECRIS).

ECRIS es un sistema que permite el intercambio de información sobre registros de condenas judiciales entre los países de la Unión Europea. No es un registro en sí, sino un sistema basado en una serie de acuerdos que permite, a través de un programa informático, la traducción automática y la interconexión entre registros de judiciales de diferentes países, para el envío directo de información sobre condenas. A través de este programa, el registro de un país de la Unión Europea comparte información sobre condenas con otros países de la Unión, sobre los antecedentes penales de ciudadanos de su país para trámites judiciales y no judiciales (BLANCO 2015). Por ejemplo, si un ciudadano español precisa de un certificado de antecedentes penales para trabajar en Inglaterra, el organismo competente inglés requerirá información sobre las condenas de este individuo al Registro Central de Penados español a través del sistema ECRIS. En estos casos, el Registro Central de Penados facilitará toda la información que tenga sobre los antecedentes no cancelados del individuo[12].

---

[10] Datos del Instituto Nacional de Estadística (Resultados nacionales>Condenados>Todos los delitos. Delitos según tipo> Total, por año. (Ver https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25997&L=0). Consultado 25 de marzo de 2020.

[11] Este porcentaje no representa el incremento de nuevos individuos en el Registro Central de Penados ya que entre 2016 y 2018 puede haber condenas de personas reincidentes y que, por tanto, ya figuraban en el Registro Central de Penados por condenas previas.

[12] Además, los acuerdos para el Sistema ECRIS garantizan que todas las condenas de tribunales de la Unión Europea constaran en el registro central de penas de su país de origen. Por ejemplo, si un tribunal alemán condena a un ciudadano español, el tribunal alemán enviará información sobre la condena al

Por lo tanto, desde la introducción del ECRIS los antecedentes penales por delitos cometidos en cualquier país de la Unión Europea aparecen en los certificados de antecedentes penales. En consecuencia, si bien esta transferencia de información ya se producía con anterioridad (GARCÍA 2008; GROSSO 1984), el sistema ECRIS ha facilitado que condenas en un país de la Unión Europea pueden ser conocidas en otros.

El intercambio de esta información es problemático ya que el contenido en los certificados de antecedentes penales puede diferir entre países (BLANCO 2015; BUYSSE, MEIJER, y SZYTNIEWSKI 2018; NIACRO 1996) [13]. La falta de homologación en la legislación sobre qué antecedentes serán publicados también plantea problemas para acusados que son asesorados por sus abogados para aceptar la conformidad (LASCURAÍN y GASCÓN 2018) [14].

El intercambio de antecedentes penales no es un tema menor. En 2016, hubo 358.685 intercambios de información sobre condenas entre diferentes países de la Unión Europea. El 78% de estos intercambios fueron por trámites judiciales y el 22% restante se debió a otros motivos, como, por ejemplo, obtener una licencia para poder trabajar con menores u obtener la nacionalidad (EUROPEAN COMMISSION 2017a:9). En ese mismo año el Registro Central de Penados español recibió 13.497 requerimientos de información y pidió información sobre 9.867 personas (EUROPEAN COMMISSION 2017a:17)[15].

2.2. Reinserción laboral

Registro Central de Penados español. De esta forma, si otro Estado de la Unión Europea quiere averiguar si esa persona ha cometido un delito en otros países de la UE, sólo tiene que acudir al registro español y no necesita ponerse en contacto con el resto de los registros de los otros estados. Para condenados de terceros países, se está en proceso de crear un registro centralizado de condenas a nivel europeo (EUROPEAN COMMISSION 2017b).

[13] Por ejemplo, recuérdese que en 2019 hubo un importante escandalo en el Reino Unido por el que se detectó que una maestra española en una guardería de Oxford había cometido un asesinato quince años atrás cuando era menor de edad. La guardería había requerido la presentación de un certificado de antecedentes penales, y, siguiendo el proceso, el organismo competente inglés había requerido al Registro Central de Penados que compartiera información sobre esta persona. Sin embargo, tal y como marca la legislación española, la información sobre esta condena no se compartió, ya que el Registro central de penados no tiene acceso a información de condenas de menores. Sin embargo, si la persona hubiera cometido el mismo delito en el Reino Unido esta inscripción hubiera aparecido en el certificado de antecedentes penales. En Inglaterra los antecedentes penales de menores y mayores de edad figuran en el mismo registro y las condenas más de cuatro años nunca se cancelan. Ver DIARIO SUR (2019) "*La profesora española que ha generado una gran conmoción en Inglaterra.* (3/7/2019). Recuperado de: https://www.diariosur.es/sociedad/derecho-olvido-20190618135803-nt.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).

[14] En este sentido, en otro caso, un ciudadano alemán denunció que su condena por conformidad aparecía en su certificado por antecedentes penales en Alemania, si bien en el momento del juicio en España su abogado le señaló que, si se conformaba con la pena, esta 'no tendría efectos'. Ello hubiera sido verdad por ejemplo en Italia, donde una condena por conformidad no aparece en el certificado de antecedentes penales, pero esta condena sí aparece en España y en este caso también en Alemania (ver BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2017); ver también LA VANGUARDIA (2017*) "El TC alemán cita en un sentencia un estudio de una profesora de la ULL"* (2/3/2017). Recuperado de: https://www.lavanguardia.com/local/canarias/20170302/42476968924/tc-aleman-cita-en-un-sentencia-un-estudio-de-una-profesora-de-la-ull.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).

[15] Los datos proporcionados por el ECRIS no permiten conocer el motivo de la petición en los datos desagregados por país.

En este apartado, el principal cambio producido desde 2015 ha sido la obligación de requerir el Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual (en adelante CDNS) para aquellas profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores de edad.

a. La obligación de presentar un Certificado por Delitos de Naturaleza Sexual (CDNS) para posiciones con un contacto habitual con menores.

Esta nueva obligación se origina en las provisiones establecidas en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (en adelante, Directiva 2011/92/UE). En concreto, el artículo 10.2 de esta directiva establece que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que los empleadores estén autorizados a solicitar información sobre antecedentes penales por delitos de abuso, explotación sexual, pornografía y captación con fines sexuales a menores de edad, tanto en grado de comisión como de inducción o tentativa, para aquellas actividades profesionales o de voluntariado con un contacto regular y directo con menores.

Esta directiva europea fue integrada en la legislación española por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley 26/2015) y desarrollada por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales (en adelante, Real Decreto 1110/2015).

La Ley 26/2015 añade el siguiente apartado[16]:

> "Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales".

En consecuencia, tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, los empleadores deben requerir un nuevo tipo de certificado, el Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual, para trabajos con un contacto habitual con menores.

Es importante enfatizar la amplitud de las inscripciones que puede contener el CDNS. En primer lugar, en este certificado consta información de sentencias con una condena a una medida de seguridad, las cuales, según el artículo 137 del Código Penal, no figuran en el Certificado de Antecedentes Penales. Del mismo modo, ya hemos visto que, al incluirse en el Registro Central de Penados las condenas de faltas -ahora delitos leves -, estas también constan en el nuevo certificado de delitos de naturaleza sexual.

En segundo lugar, anteriormente las inscripciones en el registro de menores nunca aparecían en el Certificado de Antecedentes Penales. Sin embargo, el Registro Central de Delincuentes Sexuales (que entró en vigor en marzo de 2016) se nutre de información contenida en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de

[16] El artículo primero (punto ocho) de la Ley 26/2015 añade este apartado al artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 15, de 17/1/1996.

los Menores. En consecuencia, el CDNS incorpora la información que figura en el Registro Central de Delincuentes Sexuales de condenas por delitos de naturaleza sexual de adultos y menores. Ello representa un cambio importante, pues hasta el momento sólo los tribunales de menores podían acceder a esta información[17]. Ante esta situación, parece claro que ya no se puede sostener la afirmación, a menudo repetida, que 'los menores no tienen antecedentes', al menos para los delitos de naturaleza sexual.

En tercer lugar, en la mayoría de los casos, la cancelación de las inscripciones en el Registro Central de Delincuentes Sexuales sigue las mismas normas que la de los registros de los que se nutre, por lo que una inscripción deviene cancelable cuando ha pasado un rango de tiempo entre 6 meses y 10 años (dependiendo de la severidad de la pena impuesta) sin haber vuelto a delinquir[18]. Sin embargo, en el Registro Central de Delincuentes Sexuales se instituye un plazo de cancelación excepcional de 30 años para los delitos cometidos por parte de un agresor mayor de edad sobre una víctima menor de edad, con independencia de la severidad de la pena (artículo 10 Real Decreto 1110/2015).

Por último, la amplitud de la información notificada por medio del nuevo certificado de delitos de naturaleza sexual se debe a que este contiene testimonio de las condenas por delitos cometidos con anterioridad a la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales. En consecuencia, cuando se creó el Registro en marzo de 2016 se incorporaron los datos de las 40.782 personas con una inscripción por un delito de este tipo cometido con anterioridad y que no habían sido canceladas[19].

Por lo que se refiere a los empleos en qué se debe presentar este nuevo certificado, ni la Ley 26/2015 ni el Real Decreto 1110/2015 concretan en qué profesiones existe un contacto habitual con menores. De esta forma, es la institución contratante, ya sea pública o privada, quien tiene la responsabilidad de determinar en qué trabajos se debe requerir un certificado (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS 2015). Esto es problemático ya que el concepto de "contacto habitual" es ambiguo (SALAT 2016b)[20]. Ante una pregunta sobre una cuestión relativa a los límites de la expresión "contacto habitual", la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2015:2-3) afirmó: "No parece que el mero hecho de poder tener un contacto con menores determine, per se, una limitación para el acceso (…). Es necesario que la actividad implique en

[17] Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Los datos de condenas a personas por delitos cometidos cuando eran menores de edad ni siquiera aparecía en la información que recibían los jueces si el condenado reincidía cuando era mayor de edad. En nuestra visita anterior al Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores pareció que se podía transmitir la información allí contenida sólo en los casos de solicitud de nacionalidad.

[18] El artículo 136.1 del Código Penal establece que "las inscripciones de antecedentes penales se extinguen cuando hayan transcurrido, sin haber vuelto a delinquir, los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves; b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años; d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años; e) Diez años para las penas graves."

[19] Dato obtenido de: SÁNCHEZ (2016) El nuevo Registro de Delincuentes Sexuales revela que hay 40.000 en España que no podrán trabajar con menores. Eldiario.es, de 31 de marzo. Recuperado de: https://www.eldiario.es/sociedad/personas-antecedentes-sexuales-trabajar-menores_0_500100486.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).

[20] Ver, también, Instrucció 1/2015 de la Secretaria d'Administració i Funció Pública de la GENERALITAT DE CATALUNYA (2015)

sí misma un contacto habitual con menores, por ejemplo, como destinatarios prioritarios de los servicios prestados (...), y no meramente circunstancial".

Ante esta indeterminación, las Administraciones Públicas han creado protocolos para definir en qué profesiones se debe exigir esta información. En el anexo (al final del artículo), la tabla I muestra un listado de las profesiones en que se exige el CDNS. En ella se observa que las Administraciones Públicas requieren este certificado para todos aquellos empleos relacionados con la educación, tanto reglada como no reglada, en las actividades sanitarias especializadas en la atención a menores, y en aquellos trabajos del sistema de justicia penal y de la asistencia social relacionados con menores. También se exige esta información para miembros de comunidades religiosas que están en contacto con menores.

Esta regulación incumbe no sólo a los profesionales relacionados de forma directa con el servicio prestado, sino también a aquellos que ofrecen servicios auxiliares, como, por ejemplo, administrativos, transportistas o bibliotecarios.

Sin embargo, es importante destacar que la indeterminación de la Ley ha hecho que se esté aplicando de forma dispar en diferentes Administraciones Públicas (CABO, FERNÁNDEZ y GARCÍA 2017). Por ejemplo, en algunas comunidades autónomas se pide el certificado para todo tipo de trabajos de carácter sanitario, incluyendo especialistas en análisis clínicos que nunca ven menores, mientras que en otras comunidades autónomas se utiliza una definición más restrictiva (como se puede comprobar en la tabla I).

A nuestro juicio una ulterior novedad de la Ley 26/2015 estriba en la autorización a las empresas privadas a solicitar un CDNS. Hasta la entrada en vigor de la ley 26/2015, todos los procesos de petición de certificados de antecedentes penales estaban controlados por instituciones públicas, ya fuera porque eran trabajos en las mismas Administraciones Públicas o a través de la concesión de licencias y colegios profesionales. Ninguna ley habilitaba a empresarios privados a solicitar certificados de antecedentes penales sin una ley que lo autorizase de forma expresa. En cambio, con la entrada en vigor de esta Ley los empresarios privados son, por primera vez, responsables de decidir para qué trabajos se debe pedir esta información, exigirla en su caso y asegurarse que la persona contratada no dispone de antecedentes penales[21].

Existe el temor que la responsabilización de los empresarios privados en la petición de CDNS y las facilidades para la tramitación conlleven un aumento de solicitudes de certificados más allá de lo que establece la Ley. Por un lado, es posible que, ante la vaguedad de la Ley 26/2015, una empresa que habitualmente trabaje con menores requiera esta información para todos sus empleados, sin considerar si realmente tienen un contacto habitual con ellos. Por ejemplo, hemos detectado que la Fundació Pere Tarrés, una ONG dedicada a promover la educación en el tiempo libre de menores en Cataluña, requería el CDNS para todos sus formadores, incluso aquellos especialistas en una actividad titulada "*Envejecer en Positivo*", que en nuestra opinión difícilmente contará con menores. Por otro lado, en el proceso de un trabajo de campo también tuvimos conocimiento de una universidad privada en Cataluña que requirió el CDNS de todos sus trabajadores contratados, incluidos los jardineros, ya que algunos de sus estudiantes de primer curso son menores. Los dos casos mencionados son un ejemplo de como la petición de

[21] Si bien el Real Decreto 1110/2015 no establece cuáles serían las consecuencias que comportaría no exigir este certificado. Así, la doctrina (SALAT 2016a; FERNÁNDEZ-PACHECO 2019) ha destacado la falta de sanciones para los empleadores que incumplan esta condición.

CDNS puede fácilmente extenderse más allá de las profesiones que tienen un 'contacto habitual con menores'.

Por último, para facilitar la tramitación, se ha creado un mecanismo para que las empresas privadas realicen la petición conjunta de los CDNS para todos sus trabajadores. Si bien en la mayoría de los casos es el potencial empleado quien debe solicitar por sí mismo el CDNS y presentarlo ante el empresario, en la actualidad se ha habilitado un mecanismo para que las empresas recojan los documentos de conformidad de todos sus potenciales empleados y los presenten ante una oficina territorial del ministerio de justicia. Ante una petición de este tipo, los datos contenidos en el Registro se entregan directamente a la empresa privada. Con anterioridad, esta información nunca se proporcionaba directamente a la empresa, por lo que este cambio permite al empleador un acceso sin intermediarios a la información contenida en los registros del ministerio de justicia.

La obligación de presentar el certificado de antecedentes penales.

La obligación de presentar el Certificado de Antecedentes Penales (en adelante CAP), que contiene información sobre todo tipo de penas, no ha experimentado grandes variaciones desde 2015. En el anexo (al final de este artículo) se presenta la tabla II, con información actualizada de las profesiones en las que se exige de forma específica el CAP.

Debe recordarse que en España algunas leyes exigen la presentación de un CAP para acceder a determinadas posiciones, generalmente en el marco de la Administración Pública. Por el contrario, existe la discusión acerca de si los empresarios privados pueden requerir el CAP sin una ley que contemple esta posibilidad (LARRAURI y JACOBS 2011). En España se ha considerado generalmente que el empleador privado sólo puede solicitar un certificado de antecedentes penales cuando hay una autorización legal expresa (ver, por ejemplo, SANTAMARÍA 2017). Este criterio ha sido confirmado por una reciente sentencia de la Audiencia Nacional[22], que considera que es ilícito que una empresa de seguridad pregunte a sus nuevos empleados si carecen de antecedentes penales en los países en los que han residido en los últimos 5 años. El tribunal aprecia que la información de condenas previas es de carácter personal y no existe una habilitación legal que faculte a la empresa para recabar tal circunstancia (ARETA 2020).

Sin embargo, es relevante señalar que el Real Decreto 95/2009 dispone que cualquier particular tiene derecho a solicitar su propio certificado sin justificar la finalidad para la que se requiere el CAP. Este sistema posibilita en principio que los responsables de selección de personal puedan obtener esta información de forma indirecta a través del propio solicitante de empleo. Además, no existe en ninguna web del ministerio ningún mensaje que alerte sobre la imposibilidad de pedir este certificado por parte de las empresas.

2.3. Cancelación

En los últimos años se han aumentado los plazos para la cancelación de los antecedentes penales. La LO 1/2015, amplió el plazo de 5 a 10 años para las penas graves.

A este incremento previsto en el código penal, se le suma el plazo de cancelación de 30 años por los delitos sexuales, cometidos por adultos sobre menores, inscritos en el Registro de Delitos de Naturaleza Sexual que hemos expuesto en el apartado anterior.

[22] Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 10 febrero, 2020. Ponente: D. Ramón Gallo Llanos.

3. Aplicación práctica en España

En el apartado anterior hemos expuesto las reformas legislativas producidas desde 2015 y que afectan al tema de la publicidad de los antecedentes penales. Vamos a continuación a comprobar cuál es la situación en la práctica e intentar averiguar los cambios que se han producido en los últimos años.

¿Cuántas personas disponen de antecedentes penales?

De acuerdo con nuestros datos, sabemos que el 1 de enero de 2020 había 2.898.215 personas con al menos una inscripción en el Registro Central de Penados[23]. Esta cifra representa un 6.2% de la población residente en España según datos del INE en esa misma fecha[24]. Este porcentaje es similar al de otros países de los cuales hemos encontrado datos. Así, por ejemplo, en el registro federal central de penas de Alemania (*Bundeszentralregister*) figuran datos de aproximadamente 6.300.0000 personas[25], que representarían un 7.6% de la población residente[26]. Por otro lado, SHANNON, UGGEN y otros (2017) han calculado que alrededor de un 8% de los adultos en Estados Unidos dispone de antecedentes penales.

El número de personas en el Registro Central de Delincuentes Sexuales es menor (si bien las consecuencias son mayores). El 1 de enero de 2020 había 46.736 personas con al menos una inscripción en este registro[27], que representa un 0.1% del total de la población residente en España en esa fecha.

¿Para qué trabajos se exige un certificado de antecedentes penales?

La solicitud de un certificado aumentó de forma muy importante tras la aprobación de la ley 26/2015 que introdujo el CDNS. La figura 1 muestra los datos oficiales del Ministerio de Justicia sobre la expedición de certificados con inscripciones de condenas fuera del sistema judicial. Estos datos señalan un aumento de la petición de certificados con información de inscripciones de condenas de un 142% entre 2015 y 2016, cuando entró en vigor la obligación de requerir el CDNS. En los años subsiguientes la petición de CDNS ha sido siempre más alta que la petición

[23] Solicitud de acceso a información pública. Expediente 001-042403. También sabemos que el 14 de noviembre de 2016 figuraban 2.449.748 individuos. De esta forma se puede calcular que entre esta fecha y el 1 de enero de 2020 se inscribieron alrededor de 382 nuevas personas en el registro de media por día, que representarían 139.429 inscripciones de personas nuevas de media en un año natural de 365 días. Para dar cuenta de la magnitud de este número, cada año entrarían más personas nuevas en el Registro Central de Penados que personas residen en la provincia de Soria (92.773).

[24] Dato de población de 2020 del Instituto Nacional de Estadística (INEbase>Demografía y población> Cifras de población y Censos demográficos> Cifras de población> Principales series desde 1971> Población residente por fecha, sexo y edad. Recuperado de: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=31304#!tabs-tabla (Consultado 25 de marzo de 2020). En este punto es importante recordar que no podemos determinar que todas las personas que figuran en el Registro son residentes en la actualidad en España. Tampoco sabemos si se eliminan las fichas de aquellas personas fallecidas.

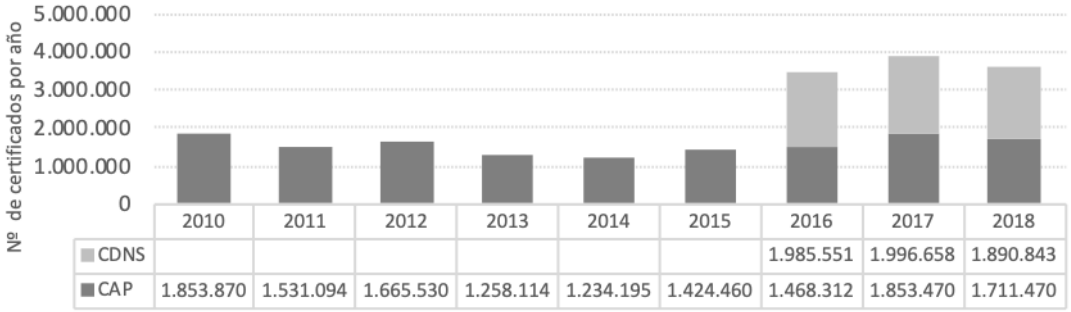
[25] Dato del número de entradas de diferentes individuos extraída de la página web del Bundesjustizamt. Recuperado de: https://www.bundesjustizamt.de/EN/Topics/citizen_services/BZR/BZR_node.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).

[26] Este porcentaje se obtiene de dividir el número de personas que figuran en el registro de Bundesjustizamt con la población el 1 de enero en Alemania en 2018 de Eurostat. Dato recuperado de: https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=demo_pjan&lang=en. Última consulta 1 de mayo de 2020.

[27] Solicitud de acceso a información pública. Expediente 001-023897.

de un CAP[28], si bien este último, lejos de desacelerar, tras la entrada en vigor del certificado específico del CDNS, en 2017 y 2018 ha experimentado un incremento.

Figura 1. Número de certificados de antecedentes penales expedidos 2010-2018



Fuente: Petición de datos a través del Portal de Transparencia, Expedientes nº. 001-003297/2015, 001-009878/2016, 001-023895/2018, 001-023897/2018, 001-033820/2019.

Adicionalmente, para conocer en qué trabajos se exigen los certificados sin que exista una ley que lo disponga, realizamos una encuesta a las personas que salían de la oficina del Ministerio de Justicia encargada de este trámite en Cataluña[29]. Se entrevistaron a todas aquellas personas que acudieron a la Gerencia Territorial de Justicia de esta Comunidad Autónoma[30]. La encuesta se llevó a cabo entre mediados de mayo y junio, en diferentes momentos del día, escogidos aleatoriamente en 2014, dos años antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 en marzo de 2016, de nuevo en 2016, entre tres y cuatro meses después de la entrada en vigor de la Ley, y por último en 2018, dos años después. A los entrevistados se les preguntó el motivo por el que van a buscar un certificado de antecedentes penales y si la persona respondía que era por motivo de trabajo, se le preguntaba para cuál (para más detalles ver Rovira 2020)[31]. Con posterioridad, clasificamos si el trabajo es uno en los que legalmente está prevista esta exigencia.

En 2014 la práctica de requerir el CAP para trabajos en que ninguna ley lo prevé se limitaba a tres situaciones (ROVIRA 2016). En primer lugar, se exigía este certificado para puestos de trabajo en los que se considera que un potencial comportamiento delictivo de un trabajador puede acarrear graves consecuencias. Este tipo de peticiones se producen especialmente en

[28] En las peticiones del CAP que figuran no sólo se incluyen aquellas por trabajo sino también por motivos de extranjería o para la concesión de licencias (como por ejemplo de caza o de perros peligrosos).

[29] Agradecemos a los estudiantes en prácticas del Grupo de Investigación en Criminología y Sistema Penal de la Universitat Pompeu Fabra que han ayudado en esta investigación: Judit Martínez, Héctor Tapia y Arnau García por su ayuda en la realización de encuestas, y Marga Ferrer, Noelia Navarrete y Nicolás Rubio, por su trabajo en la codificación y depuración de los datos.

[30] Organismo especializado en la emisión de certificados de antecedentes penales, de certificados de últimas voluntades y de contratos de seguro con cobertura de fallecimiento.

[31] Esta fuente de datos tiene limitaciones: por un lado, no cubre todas las formas en que se puede solicitar el CAP, ya que también se puede por correo postal o por vía telemática; por otro lado, los resultados de la encuesta están limitados territorial y temporalmente. En consecuencia, estos datos no se pueden extrapolar al conjunto de España, ni tampoco a ningún otro período temporal, ya que es posible que la relación de profesiones hubiese sido distinta en otros lugares y momentos. Aún así, estos datos son la mejor fuente que permiten observar las tendencias más evidentes en la petición de certificados de antecedentes penales en el mercado laboral. En el anexo 3 figura una ficha técnica con los principales detalles de la investigación.

puestos de trabajo de la industria cárnica, farmacéutica o química y para trabajos como asistente personal o empleado del hogar. En segundo lugar, se solicitaba el CAP para profesionales que realizan servicios puntuales en el extranjero y podría precisar tramitar un visado que requiera información sobre los antecedentes penales. Estos puestos de trabajo se encuentran particularmente en los sectores de la construcción y el transporte. En tercer lugar, se apreciaba que las empresas multinacionales con sede en otros países utilizan la legislación de su país de origen para determinar en sus filiales del exterior en qué casos se debe exigir el certificado de antecedentes penales. Estos empleos se concentran especialmente en el sector educativo, turístico y financiero.

En 2016, a este tipo de peticiones se le sumaron las peticiones de CAP 'erróneas' (en vez de un CDNS) para trabajos con un contacto habitual con menores (que representan el 31.4% de las peticiones de certificados en 2016 y el 7.6% en 2018) (ROVIRA 2020). Estas peticiones obedecen probablemente a una confusión del empleador o el solicitante, que desconocen que hay un certificado específico para las profesiones con un contacto frecuente con menores. Sin embargo, la confusión respecto el tipo de certificado que se debe presentar no es un tema menor, ya que puede aumentar la autoexclusión de personas (KURTOVIC y ROVIRA 2017; Rovira 2016), que, si bien tienen antecedentes penales, no los tienen respecto de delitos sexuales y, por consiguiente, podrían presentar un CDNS negativo.

Finalmente, en 2018 apreciamos que las peticiones de CAP sin motivación legal se extendían, particularmente porque esta información se está requiriendo por parte de multinacionales del sector tecnológico (ROVIRA 2020). El 13.0% de las personas entrevistadas señalan que piden un certificado para trabajar en una empresa de este tipo. Específicamente, dos compañías (Uber y Cabify) están contratando a conductores, otra (Amazon) a repartidores para sus centrales de reparto y una cuarta (Facebook) lo requiere para personas trabajando en un centro de control para su medio online. Queda pendiente saber si esta práctica es excepcional o se va a generalizar para empresas del sector tecnológico o de la 'economía colaborativa'.

Tabla 1. Resultado de las encuestas a personas requiriendo un certificado de antecedentes penales. Gerencia territorial de Cataluña. Mayo-Junio 2014, 2016 y 2018.

		2014	2016	2018	Total
Peticiones no profesionales		69.2%	34.7%	38.4%	44.9%
Peticiones con exigencia legal	CAP	20.7%	4.0%	8.1%	10.0%
	CDNS	0.0%	22.8%	24.6%	17.8%
Peticiones sin exigencia legal	CAP (contacto habitual niños)	2.0%	31.4%	7.6%	14.1%
	CAP (multinacionales sector tec.)	0.0%	0.0%	13.0%	5.4%
	CAP(Otros)	7.9%	5.6%	8.1%	7.2%
Sin clasificación		0.2%	1.5%	0.3%	0.7%
Total		**100.0%**	**100.0%**	**100.0%**	**100.0%**
N		*458*	*605*	*764*	*1.867*
% de participación en la encuesta		67.9%	77.7%	78.4%	75.3%

Fuente: ROVIRA (2020), los nombres y las categorías han sido modificados para este artículo.

Estas encuestas realizadas también nos permitieron vislumbrar en qué trabajos se exige el CDNS en el sector privado. De esta forma, la mayor parte de peticiones son para monitores de actividades extraescolares, entrenadores deportivos, operadores de máquinas de parques de

atracciones y todo el personal de rodajes de cine, televisión o publicidad para escenas donde participen menores, incluidos los cámaras.

¿Se discrimina a las personas con antecedentes penales?

Hasta el momento hemos aportado datos sobre la exigencia del CAP y del CDNS por parte de los empleadores, pero ¿realmente rechazan a los candidatos a un puesto de trabajo cuando saben que fueron condenados con anterioridad?

Para responder a esta cuestión, en 2012 y 2013[32] realizamos una investigación experimental mediante la metodología de los *Audit Study* (para más detalles ver ROVIRA 2017, 2019) basándonos en la investigación de PAGER (2003). En esta investigación, enviamos cuatro CV ficticios a ofertas de trabajos reales. Los CV se diferenciaban por la presencia - o no - de una marca del paso por el sistema penal y unos diferentes niveles de formación y experiencia laboral - alto y medio -. El paso por el sistema penal se señalaba a partir de un curso realizado en prisión y la mención de un técnico de reinserción en el apartado de recomendaciones.

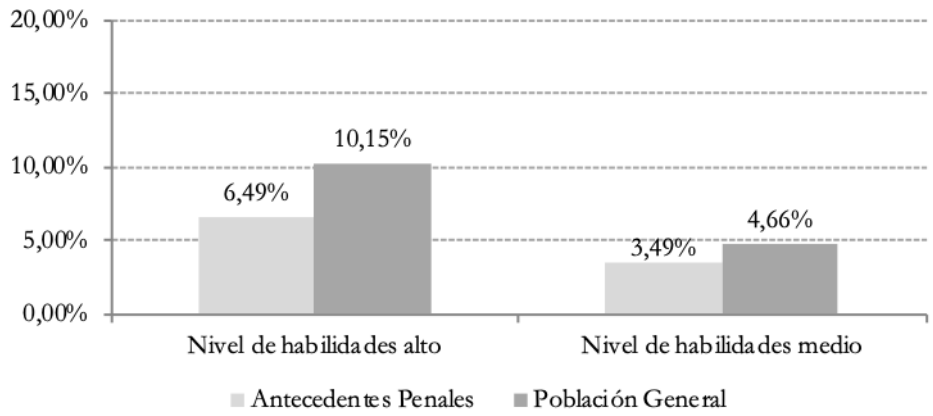
Esta metodología experimental permite captar el comportamiento real de los responsables de selección de personal ante una marca del paso por el sistema penal. A su vez, como los dos CV son perfectamente equivalentes excepto por esta marca, se puede estar seguro de que las diferencias no se deben a otros factores que podrían intervenir en esta asociación (ROVIRA 2017). Sin embargo, estos resultados se deben interpretar con prudencia, ya que, por un lado, esta metodología sólo cubre aquellos procesos de selección de personal que buscan trabajadores a través de internet. Por otro lado, los resultados pueden variar en función de la formación académica y la experiencia previa otorgados por los investigadores a los candidatos ficticios y los sectores profesionales a los que se decide enviar solicitudes de empleo (ver HECKMAN 1998, ROVIRA 2017, GADDIS 2018). En todo caso, esta técnica se considera en la actualidad como el método de referencia para investigaciones sobre discriminación (PAGER 2003, GADDIS 2018).

A partir del análisis a las respuestas a cada tipo de CV, observamos que los CV con antecedentes penales reciben una menor proporción de llamadas que los CV equivalentes sin esta marca. Estos resultados son significativos para los CV que muestran un nivel de formación y experiencia profesional alto, en que los CV con la marca de los antecedentes penales recibieron un 33% menos de respuestas, mientras que no se puede asegurar que esta diferencia exista para un nivel de habilidades medio[33].

Figura 2. Porcentajes de llamada según nivel de habilidades y la señal de los antecedentes penales.

[32] Creemos que el comportamiento de los empleadores se ha mantenido tras las reformas de 2015.

[33] Aunque es probable que, en este caso, la falta de evidencia significativa sea causada por el bajo tamaño de la muestra, y una probabilidad de llamadas reducida para este perfil en un contexto de crisis económica.



Fuente: Gráfico extraído de ROVIRA (2017)

¿Se cancelan efectivamente los antecedentes penales?

El proceso de cancelación no ha sido objeto de excesiva atención en España debido a la convicción de que los antecedentes penales se cancelan "de oficio", una vez han transcurrido unos plazos después del cumplimiento de la pena (art.136.2, 2º del Código Penal) (LARRAURI y JACOBS 2011).

Sin embargo, esta cancelación de oficio no siempre se produce. Así, por ejemplo, en 2010 se produjeron 9.357 cancelaciones de oficio. Si pensamos que en 2018 se incorporaron datos de 400.000 nuevos delitos en el Registro Central de Penados[34], nos daremos cuenta de la escasa cancelación de oficio que ello representa (LARRAURI y JACOBS 2011). Las dificultades para la cancelación de oficio residen fundamentalmente en que los jueces no envían de oficio al Registro Central de Penados la fecha en que se extingue la responsabilidad penal, por lo que el Registro no sabe cuando empieza a computar el plazo (y por ello finalmente es la persona la que debe aportar estos documentos).

En segundo lugar, hasta 2015 también se exigía la constancia del pago de la responsabilidad civil o la insolvencia del penado, lo cual también retrasaba el proceso. La LO 1/2015 de modificación del Código Penal suprimió la exigencia del informe del juez o tribunal sentenciador y el requisito de la constancia del pago de la responsabilidad civil o la insolvencia del penado.

La escasa atención al procedimiento de cancelación ocasiona, además de pocas cancelaciones de los antecedentes penales, un problema añadido ya que desde 2015 los antecedentes cancelables se incorporan al Registro Central de Delincuentes Sexuales[35] incluso cuando deberían haber sido cancelados.

En 2019 se experimenta un notable aumento de las cancelaciones de antecedentes penales, que aumentan hasta llegar a 116.136. No obstante, solo un 23.5% (39.812) de las que hubo en 2019, son de oficio[36], en tanto un 65,7% del total (76.324) fueron cancelaciones a instancia de parte.

[34] Dato del número total de delitos inscritos en el Registro Central de Penados en 2018 publicados en el Instituto Nacional de Estadística (INEbase> Sociedad Seguridad y justicia > Delitos según tipo > Estadística de condenados: Adultos > Resultados por Comunidades y Ciudades Autónomas > Condenados > Todos los delitos) Recuperado de: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=26017#!tabs-tabla. En fecha 29 de Junio de 2020 no se pudo acceder al mismo dato por 2019.

[35] Véase al respecto la problemática jurisprudencial en LARRAURI y ROVIRA (2021)

[36] Solicitud de acceso a información pública. Expediente 001-042403.

Otros datos que pueden ser de interés son el número de peticiones para 'desindexar' información en Google al amparo de la doctrina del 'derecho al olvido' en España. Google recibió entre el 1 de enero de 2016 hasta el 26 de marzo de 2020, 10,177 peticiones para desindexar información sobre delitos, el 5.8% del total de peticiones de desindexación (GOOGLE 2020). La proporción de peticiones para desindexar información sobre delitos es relativamente baja, en comparación con otros países, como el Reino Unido o Italia, en los que la prensa no tiende a anonimizar la información de condenas (BERTRAM *et al*. 2018). Por otro lado, España destaca especialmente por ser el país en que se pide en mayor medida que se desindexe información de fuentes gubernamentales, como el Boletín Oficial del Estado o boletines similares de las comunidades autónomas (un 10.6% de los requerimientos totales frente a un 2.5% de la media total). Expertos de Google lo atribuyen en que, a diferencia de otros países, en España se publican los nombres de edictos e indultos en el BOE y otros boletines oficiales (BERTRAM *et al*. 2018).

4. Discusión teórica

Los cambios referidos en las anteriores secciones respecto a la publicidad y el uso de los antecedentes penales en el mercado laboral ejemplifican, a nuestro juicio, algunas características de la evolución de la política criminal en España en los últimos años.

La regulación histórica del Registro Central de Penados ha vivido diversas fases (LARRAURI y JACOBS 2011). Como consecuencia del franquismo la reforma del código penal de 1983 declaró claramente que el RCP no es público y que solo se expedían certificaciones de antecedentes penales a los jueces y en otros casos 'regulados en la ley' (GROSSO 1984). El Código penal de 1995 confirmó esta regulación en el art.136 del Código Penal[37]. La jurisprudencia y la doctrina española tendían a considerar la publicidad de condenas como degradante (BUENO 2006). En concreto, se señala que la publicidad de los antecedentes penales infringe el derecho al honor y la intimidad (art. 18 de la Constitución*)* y principios como la reinserción (artículo 25.2 de la Constitución) y la no discriminación del condenado (artículo 73.2 de Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) (JACOBS y LARRAURI 2010; 2012; ROIG 2012).

Este modelo se empezó a quebrar con la introducción del Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero (LARRAURI y JACOBS 2011; ROVIRA 2016). Este autorizó a jueces, fiscales policía judicial y a la propia persona interesada a acceder a la información contenida en el RCP. Respecto de esta última, eliminó la exigencia de que debía explicitar para qué finalidad pedía el certificado. De esta forma, a partir de ese momento se expiden todos los certificados, sin controlar el motivo para el que se requiere. Esta regulación facilitó que los certificados se pudieran pedir para empleos respecto de los cuales ninguna ley lo exige. No obstante, la interpretación de los derechos constitucionales y diversos principios jurídicos abogan por considerar que los empleadores solo pueden solicitar un certificado de antecedentes penales cuando existe una autorización legal expresa (ARARTEKO 1996; DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ 2012; LARRAURI y JACOBS 2011).

[37] El artículo136.4 establece: "Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán publicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley (…)".

Los cambios legales en 2015 que permiten a los empresarios particulares solicitar un CDNS para actividades que impliquen contacto habitual con menores representan un nuevo hito. Como hemos visto, ello ha aumentado (¡en casi un 150%!) la presentación de certificados de antecedentes penales para acceder a un empleo en España, normalizando esta práctica. Es por este motivo por el cual pensamos que en la actualidad asistimos al desarrollo de un nuevo modelo, caracterizado por una cierta generalización de la expedición de certificados de antecedentes penales para su uso en el mercado laboral (aunque sin llegar a los extremos de otros países, como Estados Unidos).

Los académicos se han mostrado generalmente críticos con este nuevo modelo, que incrementa la severidad del sistema de justicia penal y dificulta la reinserción de las personas que ya han cumplido su condena. Estas reformas se han relacionado con el establecimiento de un nuevo modelo penal de seguridad ciudadana, más favorable a la exclusión social de los delincuentes/securitarismo del que había hasta ahora (ALONSO 2012; LASCURAÍN 2017)[38]. En concreto, se ha objetado la trasposición de la Directiva 2011/93/EU en la legislación española y se ha cuestionado la amplitud del contenido de la información que figura en el Registro Central de Delincuentes Sexuales, la indefinición del concepto 'contacto habitual con menores', los largos periodos de cancelación y la ineficacia de este para evitar la reincidencia (FERNÁNDEZ-PACHECO 2019; MOLINA 2016; SALAT 2016a, 2016b).

Quisiéramos sumar tres reflexiones más a este discurso. En primer lugar, nos parece relevante proseguir la discusión sobre la consideración de los antecedentes penales como 'consecuencias colaterales' de las penas (COLGATE 2001; DAMASKA 1968; DEMLEITNER 1999; KIRK y WAKEFIELD 2018; UGGEN y STEWARD 2015) o 'castigos invisibles' (MAUER y CHESNEY-LIND 2003). Este debate ha sido importado de Estados Unidos a España (DÍEZ-RIPOLLÉS 2014, LARRAURI y ROVIRA 2019) y a otros países hispanohablantes (CARNEVALE 2016; GASTON 2019), y es relevante para alertar de las consecuencias jurídicas de las condenas penales más allá de lo dictado en la sentencia. Estas 'consecuencias colaterales', aunque están reguladas por Ley, usualmente no están incluidas en el código penal, sino que se derivan automáticamente de regulaciones civiles o administrativas, y, por lo tanto, su impacto es frecuentemente desconocido por el juez, el acusado e incluso por los abogados. Esta literatura señala que estas 'consecuencias colaterales' no sólo afectan al ámbito laboral, sino también a otros derechos políticos y sociales (LARRAURI y ROVIRA 2019) y se advierte acerca de la conveniencia de tomar estos efectos en consideración en las sentencias, pues añaden una carga punitiva que puede tildarse de desproporcional en atención a la pena impuesta (LARRAURI 2014a).

En segundo lugar, estos cambios muestran como los registros administrativos del sistema de justicia han dejado de tener una función fundamentalmente judicial. En la primera etapa, la finalidad principal de estos registros era que los jueces y tribunales pudieran conocer la reincidencia y el resto de las funciones, como por ejemplo la expedición de certificados por motivos de empleo, se entendían como auxiliares (BUENO 2006)[39]. Esta concepción cambia con la introducción de la Ley 26/2015, que sugiere, de forma explícita, que parte de la función del Registro Central de Delincuentes Sexuales es permitir que se pueda excluir a personas condenadas por delitos contra la libertad sexual de determinadas posiciones en el mercado laboral. De esta forma, los registros devienen 'registros para la gestión del riesgo' fuera del

[38] Para una interesante distinción conceptual ver DÍEZ-RIPOLLÉS (2004, 2014)

[39] Diversos autores (DAMASKA 1968; JACOBS 2015; THOMAS 2007) alertaron del rol que jugaron los antecedentes penales para regular la entrada al mercado laboral o a determinados colegios profesionales.

sistema judicial[40]. El surgimiento de estos nuevos registros pone de manifiesto que: a) el concepto de 'antecedentes penales' debe ser ampliado para recoger también la inscripción en estos registros; b) la necesidad de discutir el surgimiento de nuevos derechos, como el derecho a no ser estigmatizado (CAMPBELL 2013; GRACE 2013; LARRAURI 2014b) y el derecho al olvido; y c) la urgencia de investigar si la creación de estos nuevos registros produce algún efecto preventivo de disminución de la delincuencia, o solo sirve para 'tranquilizar' a la población y excluir a personas que ya han cumplido su condena.

Por último, como ya hemos destacado, la aprobación de la Ley 26/2015 ha conllevado la responsabilización de miembros de la sociedad civil en el control penal de las personas que ya han cumplido su condena (MUSTAFA, KINGSTON, y BEESTON 2013; SALIBA 2013). Este viraje puede interpretarse como una nueva forma de participación comunitaria en el control penal, en la que el Estado gobierna de forma indirecta, posibilitando que instituciones fuera del Estado ejerzan funciones de control, en un proceso caracterizado como 'gobernando en la distancia' por GARLAND (2001). Como han destacado diversos autores, también en España, se ha observado la creciente importancia de actores privados en el desarrollo de actividades tradicionalmente ligadas al sistema de justicia penal, como por ejemplo la seguridad o las fundaciones privadas que realizan la supervisión de los condenados a penas comunitarias (DÍEZ-RIPOLLÉS 2004). Es preciso ser consciente de estos nuevos actores y controles comunitarios para poder aplicar también respecto de estos los límites y garantías que hemos elaborado para las penas.

En definitiva, creemos que los antecedentes penales ya no son una institución penal marginal en nuestro país. Esperamos haber aportado una información suficiente respecto de los cambios recientes relativos a los antecedentes penales para que los especialistas en inserción laboral y otras instituciones preocupadas en la reinserción puedan contribuir al debate para crear las bases de un sistema más justo en el futuro.

5. Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2008), *Resolución: R/01239/2007*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2015), *Informe 2015-0401. Necesidad de certificado negativo del Registro Central de delincuentes sexuales para determinadas profesiones,* Madrid: Agencia Española de Protección de Datos.

Agencia Tributaria (2018), Acuerdo de publicación del listado de deudores. Artículo 95 BIS de la Ley General Tribuaria. [Documento Online]. Recuperado de: https://ep00.epimg.net/descargables/2018/06/28/af86baa9f3075d3bc7d1aac0d148e77c.pdf (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Alberto ALONSO (2012), "La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito", *Revista General de Derecho Penal,* 17, págs. 1-36.

ARARTEKO (1996), *Informe del Ararteko al Parlamento Vasco Año 1996*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko. Defensoría del Pueblo Vasco. [Documento Online]. Recuperado de: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_31_3.pdf (Última consulta 29 de abril de 2020).

[40] En la misma dirección se puede analizar el uso de los antecedentes penales por parte de la policía para categorizar como 'cualificadas', y por lo tanto priorizar, las expulsiones administrativas de personas migrantes (ver FERNÁNDEZ-BESSA y BRANDARIZ 2016).

María ARETA (2020). "Solicitud de un certificado de antecedentes penales a los trabajadores de nuevo ingreso y tratamiento de datos de carácter personal", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3/2020, págs. 1-12.

Theo BERTRAM, Elie BURSZTEIN, Stephanie CARO, Hubert CHAO, Rutledge CHIN FEMAN, Albin GUSTAFSSON, Jess HEMERLY, Chris HIBBERT, Luca INVERNIZZI, Lanah KAMMOURIEH, Jason KETOVER, Jay LAEFER, Paul NICHOLAS, Yuan NIU, Harjinder OBHI, David PRICE, Andrew STRAIT, Kurt THOMAS, y Al VERNEY (2018), *Three years of the Right to be Forgotten*. Google. [Documento Online]. Recuperado de: https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2018/02/google.pdf (Última consulta 29 de abril de 2020).

María Jesús BLANCO (2015), *Régimen jurídico de los antecedentes penales de otros estados miembros de la Unión Europea en el proceso penal español*, [Tesis doctoral] UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Recuperado de: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Mjblanco/BLANCO_QUINTANA_M_Jesus_Tesis.pdf. (Última consulta 29 de abril de 2020).

Francisco BUENO (2006), *La Cancelación de antecedentes penales*. Cizur Menor: Thomson Civitas.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2017), *Abstract of the German Federal Constitutional Court's Order of 23 January 2017, 2 BvR 2584/12 [CODICES]*. Karlsruhe, Germany: CODICES. Recuperado de: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/rk20170123_2bvr258412en.html. (Última consulta 29 de abril de 2020).

Wendy BUYSSE, Sonja MEIJER y Bianca SZYTNIEWSKI (2018), *Pre-employment screening in the border regions of the Benelux and Germany - Summary*. Amsterdam: DSP-groep. Recuperado de: https://www.wodc.nl/binaries/2843_Summary_tcm28-332084.pdf. (Última consulta 29 de abril de 2020).

Pablo CABO, Eva FERNÁNDEZ y Noemí GARCÍA (2017), "El certificado negativo del registro central de delincuentes sexuales en el ámbito sanitario: normativa estatal y aplicación autonómica", *DS : Derecho y salud,* 27(1), págs. 252-62.

Liz CAMPBELL (2013), "Criminal Labels, The European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence", *Modern Law Review*, 76(4), págs. 681-707.

Carlos A. CARNEVALE (2016), "Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina", *Indret Criminología y Sistema Penal,* 3/2016, págs. 1-27.

Margarate COLGATE (2001), "Deconstructing the New Infamy: A Preview of the Section's Project on Collateral Sanctions", *Criminal Justice,* 30, págs. 30-32.

Mirjan R. DAMASKA (1968), "Adverse Legal Consequences of Conviction and Their Removal: A Comparative Study (Part 2)", *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science,* 59(4), págs. 542-68.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (2012), "Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 12/2165 dirigida a Ayuntamiento de Sevilla. Relativa a: Negativa a otorgar el permiso municipal de conducción de taxis por tener antecedentes penales». Sevilla: Defensor del pueblo Andaluz [Documento Online]. Disponible en: https://www.defensordelpuebloandaluz.es/negativa-a-otorgar-el-permiso-municipal-de-conduccion-de-taxis-por-tener-antecedentes-penales (Última consulta 29/04/2020).

Nora V. DEMLEITNER (1999), "Preventing internal exile: the need for restrictions on collateral sentencing consequences", *Standford Law & Policy Review,* 11, págs. 153-171.

José Luis DÍEZ-RIPOLLÉS (2004), "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6(3), págs. 1-34.

José Luis DÍEZ-RIPOLLÉS (2014), "Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos", *Indret Criminología y Sistema Penal*, 3/2014, págs. 1-37.

José Luis DÍEZ-RIPOLLÉS (2016), *Derecho penal español: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

EUROPEAN COMMISSION (2017a), *Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council concerning the exchange through the European Criminal Records Information System (ECRIS) of information extracted from criminal records between the Member Stat*. Bruselas: Comisión Europea. [Documento Online]. Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017SC0242 (Última consulta 29 de Abril de 2020).

EUROPEAN COMMISSION (2017b), *Commission takes steps on interoperability and the efficient exchange of criminal records on non-EU citizens.* [Nota de prensa]. Diposnible en: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=100441 (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO (2019), "Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores", *Revista Penal*, 43, págs. 46-63.

Cristina FERNÁNDEZ-BESSA y José Ángel BRANDARIZ (2016), "Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación", *Indret Criminología y Sistema Penal,* 4/2016, págs. 1-25.

S. Michael GADDIS (2018) "An introduction to audit studies in the social sciences", en S. Michael GADDIS (Director), *Audit studies: Behind the scenes with theory, method, and nuance,* págs. 3-44, Springer: Cham.

Francisco Javier GARCÍA (2008), "The European Criminal Record in Spain" en Constantin STEFANOU y Helen XANTHAKI (Directores), *Towards a European Criminal Record*. Cambridge: Cambridge University Press, págs. 267-290.

GENERALITAT DE CATALUNYA (2015), *Instrucció 1/2015, de 6 de novembre, sobre requisit d'accés i d'exercici de llocs de treball que impliquen contacte habitual amb menors*. Departament de Governació i Relacions Institucionals. Secretaria d'Administració i Funció Pública. Recuperado de:
http://cgtense.pangea.org/IMG/pdf/instruccio_1_2015_llocs_contacte_habitual_amb_menors.pdf (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Google (2020), *Google Transparency Report. Requests to delist content under European privacy law.* [Página web]. Disponible en: https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en&requests_over_time=country:ES&lu=content_types&content_types=start:1453334400000;end:1585267199999;country:ES (Datos obtenidos 25 de Marzo de 2020).

David GARLAND (2001), *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*.

Chicago: University of Chicago Press.

Leandro GASTON (2019), "Antecedentes penales en el mercado laboral argentino", *Indret Criminología y Sistema Penal,* 1/2019, págs. 1-25.

Jamie GRACE (2013), "Privacy, stigma and public protection: A socio-legal analysis of criminality information practices in the UK", *International Journal of Law, Crime and Justice* 41(04), págs. 303-321.

Manuel GROSSO (1984), *Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social*. Barcelona: Editorial Bosch.

James J. HECKMAN, (1998). Detecting discrimination. *Journal of economic perspectives*, 12(2), págs. 101-116.

James B. JACOBS (2015), *The Eternal Criminal Record*. Cambridge: Harvard University Press.

James B. JACOBS y Elena LARRAURI (2010), "¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España", *InDret Criminología y Sistema Penal*, 4/2010, págs. 1-52.

James B. JACOBS y Elena LARRAURI (2012), "Are Criminal Convictions a Public Matter? The USA and Spain", *Punishment & Society* 14(1), págs. 3-28.

David S. KIRK y Sara WAKEFIELD (2018), "Collateral Consequences of Punishment: A Critical Review and Path Forward", *Annual Review of Criminology,* 1, págs. 171-194.

Elina KURTOVIC y Marti ROVIRA (2017), "Contrasts in the hidden obstacles to re-entry in the labour market based on criminal records between The Netherlands and Spain", *European Journal of Criminology*, 14(5), págs. 505-521.

Elena LARRAURI (2013), "¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?: Actualización del artículo RECPC 13-09 (2011)", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* 15(3), págs. 1-14.

Elena LARRAURI (2014a), "Legal protections against criminal background checks in Europe", *Punishment & Society* 16(1), págs. 50-73.

Elena LARRAURI (2014b), "Are Police Records Criminal Records?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* 22(4), págs. 377-95.

Elena LARRAURI (2015), "Voces: Antecedentes Penales", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* Nº 8 (Marzo 2015), págs. 153-159.

Elena LARRAURI y James B. JACOBS (2011), "Reinserción laboral y antecedentes penales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13(9):1-25.

Elena LARRAURI y Marti ROVIRA (2019), "Collateral Consequences of a Conviction in Spain" en Sonja MEIJER, Harry ANNISON, y Alilbhe O'LOUGHLIN (Directores) *Fundamental Rights and Legal Consequences of Criminal Conviction*, Oxford: Hart Publishing, págs. 27-44.

Elena LARRAURI y Marti ROVIRA (2021), "Lineas jurisprudenciales en torno a la cancelación de antecedentes penales" (en elaboración).

José Antonio LASCURAÍN (2017), "20 años de penas", *Jueces por la Democracia,* 89, págs. 9-19.

Juan Antonio LASCURAÍN y Fernando GASCÓN (2018), "¿Por qué se conforman los inocentes?", *InDret* 3/2018, págs. 1-28.

Mark MAUER y Meda CHESNEY-LIND (2003), *Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*. New York: The New Press.

Julio César MIGUEL (2020), España sancionada por el incumplimiento de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento y Consejo Europeo. *Grupo CFI*. [Bitacora de 29 de Agosto] Recuperado de: https://grupocfi.es/espana-sancionada-por-el-incumplimiento-de-la-directiva-eu-201668-del-parlamento-y-consejo-europeo/ (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Concepción MOLINA (2016), "A propósito de la constitucionalidad del Real Decreto 1110/2015, que regula el registro de delincuentes sexuales", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 119.

Nageen MUSTAFA, Paul KINGSTON y Derek BEESTON (2013), "An Exploration of the Historical Background of Criminal Record Checking in the United Kingdom: From the Eighteenth to the Twenty-First Century", *European Journal on Criminal Policy and Research,* 19(1), págs. 15-30.

NIACRO (1996), *Regulating the «Yellow Ticket», The laws, policies and practices which affect the employment of people with criminal records in the European Union*. Belfast: NIACRO.

Devah PAGER (2003), "The Mark of a Criminal Record", *American Journal of Sociology,* 108(5), págs. 937-975.

Margarita ROIG (2012), *La cancelación de los antecedentes delictivos*. València: Tirant Lo Blanch.

Marti ROVIRA (2016), *Antecedentes penales y mercado laboral*. [Tesis doctoral]. Universitat Pompeu Fabra.

Marti ROVIRA (2017), "El estigma de los antecedentes penales en el mundo laboral. Un estudio experimental" *Revista Española de Investigación Criminológica,* 15, págs. 1-23.

Marti ROVIRA (2019), "The stigma of a criminal record in the labour market in Spain: An experimental study", *European Journal of Probation*, 14(1), págs. 14-29. DOI: https://doi.org/10.1177/2066220319843694.

Marti ROVIRA (2020), "The next Pandora's Box of Criminal Background Checks". *European Journal of Criminology* (In review).

Marc SALAT (2016a), "El registro de delincuentes sexuales español: su regulación jurídica y su efecto en la prohibición para desempeñar profesiones que impliquen contacto habitual con menores", *Revista General de Derecho Penal*, 25(Mayo), págs. 1-15.

Marc SALAT (2016b), "Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas", *Estudios penales y criminológicos*. XXXVI, págs. 281-346.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2015), La lista de deudores de más de un millón de euros con Hacienda se publicará en la sede electrónica de la Agencia Tributaria. [Nota de prensa]. Recuperada de: https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Sala_de_Prensa/09_10_2015_NP.pdf (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Antoinette M. SALIBA (2013), "The National Police Certificate is a Significant Barrier to Employment for Ex-offenders", *European Journal of Probation* 5(1), págs. 25-43.

Aymara SANTAMARÍA (2017) "La comprobación de antecedentes penales por parte de las empresas", *Actualidad jurídica Aranzadi*, 931, pág. 9 y sigs.

Sarah K. S. SHANNON, Christopher UGGEN, Jason SCHNITTKER, Melissa THOMPSON, Sara WAKEFIELD, y Michael MASSOGLIA (2017), "The Growth, Scope, and Spatial Distribution of People With Felony Records in the United States, 1948–2010", *Demography,* 54(5), págs. 1795-1818.

Terry THOMAS (2007), *Criminal Records A Database for the Criminal Justice System and Beyond*. New York: Palgrave Macmillan.

Christopher UGGEN y Robert STEWARD (2015), "Piling On: Collateral Consequences and Community Supervision", *Minnesota Law Review,* 99(5), págs. 1871-1912.

Anexo I. Ejemplo de publicación de una condena por un delito contra la Hacienda Pública en el BOE.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

IV. Administración de Justicia

JUZGADOS DE LO PENAL

41065 *MANRESA*

, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado Penal número de Manresa, Certifico:

Que constando la firmeza de la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2019 dictada en el procedmiento de la referencia sin que por los condenados se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, vista la condena por un delito contra la Hacienda Pública del articulo 305.1 y 2 del Codigo Penal, y de lo preceptuado en la Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 ter de la Ley Organica del Poder Judicial, emitir el certificado en el que se hace constar los datos de los apartados a, b, c, d y e para su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tratandose la presente de jurisdicción penal y la gratuidad de la misma.

a) Datos que permiten la identificación del proceso judicial:

Ejecutoria número antes Procedimiento abreviado número del Juzgado de lo Penal número de Manresa, dimanante del Juzgado de Instrucción numero de Manresa, Diligencias Previas numero

b) Nombre y apellidos o denominación social del condenado y, en su caso, del responsable civil:

Condenado

Condenado

forma subsidiaria han de indemnizar a la Hacienda Pública en la cantidad de más los intereses.

c) Delito por el que se les hubiera condenado:

Condenado 1 y 2 como autores de un delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado en el articulo 305.1 y 2 del Codigo Penal.

d) Penas impuestas:

condenados a la pena de un años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio de industria, comercio o administración de empresas durante el tiempo de la condena, de multa con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales durante un periodo de tres años.

e) Cuantia correspondiente al perjuicio causado a la Hacienda Pública, el establecido en la Sentencia; indicado en apartado anterior.

Y para que conste y surta los efectos oportunos, libro el presente que firmo.

Manresa, 25 de septiembre de 2019.- Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado Penal nº de Manresa,

http://www.boe.es BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO D.L.: M-1/1958 - ISSN: 0212-033X

Anexo II. Tablas actualizadas de profesiones en que se requiere la presentación de un certificado con información sobre condenas (CDNS o CAP).

Estas listas no son exhaustivas, pues la regulación se halla muy dispersa y quizás no se han detectado todas las ocupaciones. Las tablas se diferencian según si se requiere un Certificado de Delitos de Naturaleza Sexual (CDNS – Tabla I) o un Certificado de Antecedentes Penales (CAP – Tabla II) y por sectores.

La mención de un trabajo no implica que la presentación del certificado sea un requisito para ejercer la profesión en toda España, pues en ocasiones no existen regulaciones unificadas para la profesión a nivel estatal. Por ejemplo, se exige el CAP para empleados en bingos y casinos en el País Vasco o en el Principado de Asturias, pero parece que no en Cataluña.

Además, la exigencia de un certificado de antecedentes penales no implica una exclusión directa, pues a veces depende del tipo de delito o del tipo de pena. Por ejemplo, para los trabajadores del Ministerio de Justicia sólo se exige no haber sido condenado por delitos dolosos a penas privativas de libertad mayores de tres años; o para acceder a la función pública, sólo se excluye si la condena es a una pena de inhabilitación. Por otro lado, en algunos casos la regulación dota del poder de valorar los antecedentes penales a algún ente de la Administración Pública. Por ejemplo, éste es el caso de los miembros del consejo de administración, directivos y/o de otros puestos de responsabilidad de las entidades bancarias. Para estos puestos, el Banco de España solicita el CAP para valorar la honorabilidad- Por lo tanto, para estos casos, el antecedente penal se valora, y no excluye directamente.

En las tablas no se han incluido aquellas actividades en las que sólo se exige una declaración jurada de no haber sido condenado o inhabilitado como, por ejemplo, funcionarios públicos en general. En relación con los colegios profesionales, no se han incluido profesiones que disponen de asociaciones profesionales en las que se exige presentar un certificado, pero la colegiación es opcional, como en el caso de los agentes inmobiliarios. Para su elaboración sólo se han tenido en cuenta aquellas posiciones que hemos podido acreditar mediante una regulación, fuente oficial, o alguna información en una web de un organismo oficial.

Tabla I. Profesiones en que se exige la presentación del CDNS

Sector / Profesión	Fuente
Educación	
Auxiliares técnicos educativos	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta el 1 de mayo de 2020).
Conductores y acompañantes de autobús escolar	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta el 1 de mayo de 2020).
Conserjes	Susana Sánchez (2016) *El nou requisit per a l'accés i l'exercici de professions, oficis, activitats i programes de voluntariat que impliquin el contacte habitual amb menors. Supòsits i qüestions concretes*. Barcelona: Diputació de Barcelona. Recuperado de: https://www.diba.cat/documents/95670/79129582/160608_suposits_questions.pdf/21aaadfd-0efc-411d-9f30-2f085be6a9dd (Última consulta el 1 de mayo de 2020).

Docentes	Ministerio de Educación y Formación Profesional (2015) "Ninguna persona condenada por delitos sexuales con sentencia firme podrá trabajar en los centros educativos de España". [Nota de prensa, de 6 de noviembre]. Recuperada de: http://www.educacionyfp.gob.es/prensa/actualidad/2015/11/20151106-delitos.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Enfermeros en centros educativos	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Inspectores de Educación	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Monitores actividades extraescolares	Ministerio de Educación y Formación Profesional (2015) "Ninguna persona condenada por delitos sexuales con sentencia firme podrá trabajar en los centros educativos de España". [Nota de prensa, de 6 de noviembre]. Recuperada de: http://www.educacionyfp.gob.es/prensa/actualidad/2015/11/20151106-delitos.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Monitores deportivos	Susana Sánchez (2016) *El nou requisit per a l'accés i l'exercici de professions, oficis, activitats i programes de voluntariat que impliquin el contacte habitual amb menors. Supòsits i qüestions concretes*. Barcelona: Diputació de Barcelona. Recuperado de: https://www.diba.cat/documents/95670/79129582/160608_suposits_questions.pdf/21aaadfd-0efc-411d-9f30-2f085be6a9dd (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de Administración y Servicios	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de bibliotecas	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de cocina	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de comedor	Ministerio de Educación y Formación Profesional (2015) "Ninguna persona condenada por delitos sexuales con sentencia firme podrá trabajar en los centros educativos de España". [Nota de prensa, de 6 de noviembre]. Recuperada de: http://www.educacionyfp.gob.es/prensa/actualidad/2015/11/20151106-delitos.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de cuidado fuera del horario lectivo	Ministerio de Educación y Formación Profesional (2015) "Ninguna persona condenada por delitos sexuales con sentencia firme podrá trabajar en los centros educativos de España". [Nota de prensa, de 6 de noviembre]. Recuperada de: http://www.educacionyfp.gob.es/prensa/actualidad/2015/11/20151106-delitos.html (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de limpieza	Susana Sánchez (2016) *El nou requisit per a l'accés i l'exercici de professions, oficis, activitats i programes de voluntariat que impliquin el contacte habitual amb menors. Supòsits i qüestions concretes*. Barcelona: Diputació de Barcelona. Recuperado de: https://www.diba.cat/documents/95670/79129582/160608_suposits_questions.pdf/21aaadfd-0efc-411d-9f30-2f085be6a9dd (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Personal de servicios de orientación (Pedagogos, psicólogos,etc.)	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Personal de residencias estudiantiles	Instrucción 1/2016, de 16 de febrero, de la Secretaría General de Educación, Cultura y Deportes, sobre la aplicación del artículo 13, Párrafo 5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. [Documento Online] Recuperado de: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/legislacion/20160523/instruccion_aplicacion_art.13.5_ley_organica_proteccion_juridica_del_menor.pdf. (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Sanidad	
Enfermeros unidad de pediatría	RESOLUCIÓ SLT/352/2016, de 9 de febrero, per la qual es fa pública la Instrucció 1/2016, sobre el requisit d'accés i d'exercici dels llocs de treball que impliquen contacte habitual amb menors en aplicació de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.
Fisioterapeutas	Il·lustre col·legi oficial de fisioterapeutes de la Comunitat Valenciana (2016) Nota para colegiados: Si trabajas con menores precisas certificadr la ausencia de delitos de naturaleza sexual. [Nota de prensa]. Recuperado de: https://www.colfisiocv.com/CertificadoDelitosSexuales (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Médicos unidad de pediatría	RESOLUCIÓ SLT/352/2016, de 9 de febrer, per la qual es fa pública la Instrucció 1/2016, sobre el requisit d'accés i d'exercici dels llocs de treball que impliquen contacte habitual amb menors en aplicació de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.
Personal Administrativo de la unidad de pediatría (y cualquier otro tipo de personal)	RESOLUCIÓ SLT/352/2016, de 9 de febrer, per la qual es fa pública la Instrucció 1/2016, sobre el requisit d'accés i d'exercici dels llocs de treball que impliquen contacte habitual amb menors en aplicació de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.
Personal de hospitales especializados del Área Materno-Infantil	RESOLUCIÓ SLT/352/2016, de 9 de febrer, per la qual es fa pública la Instrucció 1/2016, sobre el requisit d'accés i d'exercici dels llocs de treball que impliquen contacte habitual amb menors en aplicació de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.
Asistencia a menores	
Educador social / Integrador social	Consorci de Benestar Social del Ripollès (2020) Bases que han de regir la selecció de la contractació d'urgència d'un/a educador/a social. Recuperado en: https://ripoll.cat/convocatoria-urgent-de-personal-al-consorci/ (Última consulta 1 de mayo de 2020
Técnicos de Juventud	Susana Sánchez (2016) *El nou requisit per a l'accés i l'exercici de professions, oficis, activitats i programes de voluntariat que impliquin el contacte habitual amb menors. Supòsits i qüestions concretes*. Barcelona: Diputació de Barcelona. Recuperado de: https://www.diba.cat/documents/95670/79129582/160608_suposits_questions.pdf/21aaadfd-0efc-411d-9f30-2f085be6a9dd (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Justicia	
Trabajadores centros de menores	Generalitat de Catalunya (2020). *Anunci per a la realització de substitucions de personal de tractament dels centres penitenciaris i centres educatius de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima del Departament de Justícia* (ref. núm. JUS/134/2020). Departament de Justícia. [Documento Online]. Recuperado de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/serveis/treballar_depart/temporal_funcionaris/134-20/anunci-borsa-tractament-jus134-2020.pdf (Última consulta 1 de mayo de 2020).

Trabajadores en centros penitenciarios de mujeres	Generalitat de Catalunya (2020). *Anunci per a la realització de substitucions de personal de tractament dels centres penitenciaris i centres educatius de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima del Departament de Justícia* (ref. núm. JUS/134/2020). Departament de Justícia. [Documento Online]. Recuperado de: http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/serveis/treballar_depart/temporal_funcionaris/134-20/anunci-borsa-tractament-jus134-2020.pdf (Última consulta 1 de mayo de 2020).
Otros	
Personal religioso	RESOLUCIÓ de 21 de gener de 2020, de la Junta Rectora del Patronat del Misteri d'Elx, per la qual es dona publicitat a les bases del procés de selecció del mestre de capella. (Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, nº 8734, de 6/2/2020).

Tabla II. Profesiones en que se requiere la presentación del CAP

Sector / Profesión	Fuente
Aeropuerto	
Controles de acceso y expendedores conocidos	Artículo 11.1.1. Resolución de 16 de julio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil del Ministerio de Fomento (BOE nº 193, de 13/8/2012).
Tripulación de los aviones (pilotos y azafatas)	Artículo 2.2.2. Resolución de 16 de julio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil del Ministerio de Fomento (BOE nº 193, de 13/8/2012).
Posiciones de responsabilidad en instituciones financieras	
Altos cargos entidades financieras	Artículo 30. 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 (BOE nº 39, de 14/2/2015)
Auditores de Cuentas	Artículo 2.2. Orden ECC/951/2015, de 22 de abril, por la que se publica la convocatoria conjunta del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España y del Consejo General de Economistas, de examen de aptitud profesional para la inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (BOE nº 124, de 25/5/2015)
Titulares de empresas de envío de dinero	Artículo 4.1. Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el 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 (BOE nº 308, de 24/12/2019)
Trabajadores del Banco de España	Artículo 3.a. Banco de España. «Condiciones Generales para la Contratación Temporal». *Web del Banco de España*. Consultado el 29 de abril de 2020. [Documento Online]. Recuperado de: https://www.bde.es/f/webbde/PER/convoca/temporales/ficheros/Condiciones_generales_para_la_contratacion_temporal.pdf
Juegos de Azar	
Personal en casas de apuestas	Artículo 34. Ley 6/2014, de 13 de junio, de Juego y Apuestas. Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (Boletín Oficial del Principado de Asturias nº 148, de 27/6/2014)
Personal en salas de bingo	Artículo 22. Decreto 31/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Boletín Oficial de País Vasco, nº 36, de 23/2/2004)

Personal en salas de casinos	Artículo 17.3. Decreto 39/2014, de 18 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Locales de juego (Boletín Oficial de Aragón, nº 61, de 27/3/2014).
Titulares de licencia de empresas de juego	Artículo 44.1. Decreto 85/2013, de 23/10/2013, por el que se regula el régimen jurídico y títulos habilitantes exigidos a establecimientos y empresas de juego (Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 210 de 29/10/2013)
Justicia	
Abogados	Artículo 13. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE nº 164, de 22/6/2001)
Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia	Disposición Séptima. Artículo 1.5.a. Orden JUS/875/2017, de 8 de septiembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o acceso a los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (BOE nº 223, de 15/9/2017)
Funcionarios de prisiones	Artículo noveno. Ley 39/1970, de 22 de diciembre, sobre reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios (BOE nº 313, de 22/12/2020), modificada por la disposición final 18.3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE nº 315, de 31/12/2011)
Graduados Sociales	Artículo 17. Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales (BOE nº 300, de 16/12/2006).
Jueces y Fiscales	Artículo 303. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 3/7/1985)
Letrados de la Administración de Justicia	Artículo 4.1. Orden JUS/402/2019, de 19 de marzo, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre y promoción interna, en el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. (BOE nº 84, de 8 de abril de 2019)
Notarios	Artículo 21. Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE nº 189, 7/7/1944) modificado por el art. 2 del Real Decreto 1126/1982, de 28 de mayo (BOE nº 133, de 4/6/1982)
Procuradores	Artículo 9. Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (BOE nº 305, de 21/12/2002)
Seguridad privada	
Armeros / Corredores de armas	Artículo 10, Sección 7, Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas (BOE nº 55, de 5/3/1993) modificado por el Real Decreto 976/2011, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento de Armas (BOE nº 163, de 9/7/2011).
Controladores de accesos para actividades recreativas	Article 61. Decret 112/2010, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament d'espectacles públics i activitats recreatives. Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació de la Generalitat de Catalunya (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya nº 5709, 7/9/2010)
Instructores de tiro	Artículo 2. Anexo. Resolución de 27 de septiembre de 2019, de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se convocan pruebas para la obtención de la habilitación como instructor de tiro del personal de seguridad privada para el año 2020 (BOE nº 243, de 9/10/2019)
Guardas rurales	Artículo 1.2. Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueban para el año 2019, el calendario y las bases de las convocatorias de las pruebas de selección para guardas rurales y sus especialidades (BOE nº 282, de 22/10/2018)

Vigilantes de seguridad y todas sus especialidades	Artículo 28. Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE nº 83, de 5/4/2014)
Seguridad pública	
Soldados y oficiales del Ejército	Artículo 15. Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas (BOE nº 14, de 16/1/2010)
Cuerpo Nacional de Policía	Artículo 2.1. Resolución de 30 de mayo de 2019, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía (BOE nº133, de 4/6/2019)
Ertzaintza	Disposición segunda. Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso por turno libre en la categoría de Agente de la Escala Básica de los Cuerpos de Policía del País Vasco (Ertzaintza y Policía Local) (Boletín Oficial del País Vasco nº4, 8/1/2020).
Mossos D'Esquadra	Article 6.2.2. Resolución INT/9/2019, de 8 de gener, de convocatoria mitjançant oposició lliure per cobrir places de la categoria de mosso/a de l'escala bàsica del cos de Mossos d'Esquadra (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, nº 7786, de 11/1/2019.
Guardias Civiles	Artículo 2. Resolución 160/38128/2019, de 10 de mayo, de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes de formación, para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil (BOE nº160, de 15/5/2020).
Policías locales	Article 3. Anunci pel qual es fa pública la convocatòria de 282 places d'agent de la Guàrdia Urbana de l'Ajuntament, mitjançant oposició lliure i aprovació de les bases que han de regir aquesta convocatòria (23/2020). (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, nº 8067, de 19/2/2020)
Policías Portuarios	Punto 8. Apartado 4 (Requisitos de los aspirantes). Ministerio de Fomento y Puerto de Málaga (2020) Bases de la convocatoria publica para la contratación, mediante pruebas selectivas por concurso-oposición, de tres puestos de policía portuaria, personal laboral fijo sujeto a convenio colectivo en la autoridad portuaria de Málaga y bolsa de trabajo para personal laboral temporal. [Documento Online] Recuperado de: https://www.puertomalaga.com/attachment/4958 (Última visualización 30 de abril de 2020).
Otros	
Dentistas	Artículo 26. Orden de 20 de noviembre de 2013, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos del Colegio Oficial de Dentistas de Málaga y se dispone su inscripción en el Registro de Colegios Profesionales de Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 244, de 16/12/2013).
Gestores Administrativos	Artículo 6. Decreto 424/1963, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la profesión de Gestor Administrativo (BOE nº 58, de 8/3/1963).
Taxistas	Apartado VIII. Instituto del Taxi de Sevilla (2020) "Para ser Taxista" [Documento Online]. Recuperado de: https://www.sevilla.org/servicios/movilidad/instituto-del-taxi/para-ser-taxista (Disponible el 1 de mayo de 2020)
Titulares de licencia comercio de tabaco	Artículo 26. Real Decreto 36/2010, de 15 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre (BOE nº 166, de 13/7/1999).
Veterinarios	Artículo 64. Real Decreto 126/2013, de 22 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española.

Ingenieros Técnicos Forestales de la Hacienda Pública	Artículo 11. Real Decreto 1609/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Cuerpo de Ingenieros Técnicos Forestales de la Hacienda Pública (BOE nº 160, de 6/7/1978)

Anexo III. Ficha técnica investigación mediante encuesta sobre los motivos para requerir el certificado de antecedentes penales

La tabla III muestra información descriptiva sobre el proceso de trabajo de campo. El proceso de campo tuvo tres olas y fue desarrollado entre el 15 de Mayo y el 15 de Junio. En la segunda ola, las encuestas solo pudieron cubrir las primeras dos semanas ya que fue imposible encontrar encuestadores para las dos últimas semanas.

Las encuestas se desarrollaron enfrente de la oficina en que pueden extraer los certificados de antecedentes penales en la Comunidad Autónoma de Cataluña. En la tercera ola, esta oficina se trasladó a una dirección diferente (al necesitar una oficina más grande para poder hacer frente al incremento de la petición de certificados). La imagen 1 muestra la dirección para los años 2014 y 2016. La imagen 2 muestra la oficina para el año 2018. Ambas imagines fueron tomadas a las 8.55, en mediados de junio en 2015 y 2018. En ambas imagines se muestra una cola de personas porque la oficina abre a partir de las 9.00 de la mañana.

Tabla III. Tabla descriptiva sobre le proceso de trabajo de campo

Ola	*Periodo trabajo de campo*	Nº de días con encuestas	Lugar del trabajo de campo
1	14/05/2014 - 16/06/2014	11	Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia en Cataluña - Oficina de Expedición de Certificados de Antecedentes Penales, Últimas Voluntades y Seguros *C/ Garcilaso, 123, 08027 Barcelona, España*
2	17/05/2016 - 30/05/2016	9	Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia en Cataluña - Oficina de Expedición de Certificados de Antecedentes Penales, Últimas Voluntades y Seguros *C/ Garcilaso, 123, 08027 Barcelona, España*
3	15/05/2018 - 15/06/2018	8	Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia en Cataluña - Oficina de Expedición de Certificados de Antecedentes Penales, Últimas Voluntades y Seguros *C/ Caballero 52-56, 123, 08027 Barcelona, España*

Imagen 1
C/ Garcilaso, 123, 08027 Barcelona, España
8.55 mediados de Junio de 2015

Imagen 2
C/ Caballero 52-56, 123, 08027 Barcelona, España
8.55 mediados de Junio de 2019.

Durante la encuesta, en primer lugar, preguntábamos a los encuestados si consentían en participar en la investigación. Si recibíamos una respuesta afirmativa, preguntábamos si habían venido a la oficina a requerir un certificado de antecedentes penales. Si ellos respondían que sí entonces preguntábamos por el motivo de la petición. Si los encuestados respondían que era por trabajo, entonces preguntábamos por el tipo de empleo y el sector de la empresa. En ningún caso preguntábamos sobre el motivó de la petición. La encuesta se desarrollo en la mayor parte de los casos en español y en catalán. En algunos casos en que el encuestado no dominaba ninguna de estas dos lenguas, las preguntas se realizaron en inglés. En cada ola se entrevistaron a más de 1000 personas. Las tasas de respuesta se pueden ver en la tabla IV.

Tabla IV. Tasas de respuesta de la encuesta a personas que fueron a requerir el certificado de antecedentes penales

	Muestra inicial	***Tasa de respuesta***	***Encuestados que vinieron a requerir un certificado con información sobre condenas***
	(a)	***(b)***	***(c)***
	N	*N ([b/a] x 100)*	*N ([c/b] x 100)*
	Número total de individuos que fueron preguntados si querían participar en la encuesta	*Número total de individuos que accedieron a participar en la encuesta. Entre paréntesis se encuentra el porcentaje de personas que accedieron a responder a la encuesta sobre el total de personas que fueron preguntadas.*	*Número total de personas que respondieron a la encuesta y afirmaron venir a buscar algún tipo de certificado de antecedentes penales. En paréntesis se recoge el porcentaje de estas personas sobre el total de personas que accedieron a responder a la encuesta.*
1a Ola	1,011	675 (66.7%)	458 (67.6%)
2a Ola	1,089	779 (71.5%)	605 (77.7%)
3a Ola	1,310	974 (74.4%)	764 (78.3%)

InDret
3.2020

Carlos Fernández Abad
Universidad Rey Juan Carlos
-

La doble problemática del Terrorismo Yihadista en prisión

Una aproximación crítica a la respuesta del sistema penitenciario español

Sumario

-

Desde la literatura especializada, las prisiones suelen ser presentadas como espacios aptos para la radicalización yihadista. Por otra parte, aunque en menor medida, las cárceles también han sido entendidas como un medio que posibilita la intervención con sujetos ya radicalizados, situándose en este punto los programas orientados a la desvinculación y desradicalización de estos internos. En este sentido, el objetivo fundamental de este artículo es analizar críticamente la respuesta que ha ofrecido el sistema penitenciario español ante esta doble problemática. Para ello, en primer lugar, son abordadas de forma específica las causas que explican el fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones. Posteriormente, son examinados los principales instrumentos sobre los que se asienta la política penitenciaria española para responder ante este fenómeno y posibilitar la reeducación y la reinserción social de los sujetos ya radicalizados. Por último, se realizan toda una serie de valoraciones críticas sobre la naturaleza los mismos, argumentándose que la priorización absoluta de la seguridad en detrimento del tratamiento, además de constituirse como una base para la vulneración de derechos fundamentales, contribuye paradójicamente a crear un escenario más inseguro.

Abstract

-

Prisons are usually presented in the academic literature as suitable spaces for jihadist radicalization. On the other hand, although to a lesser extent, prisons have also been understood as an environment which enables intervention with already radicalised subjects, being placed at this point the programmes oriented to the disengagement and deradicalization of these inmates. In these terms, this paper is aimed to critically analyse the response which the Spanish Prison System has offered to this double problem. To do that, the specific causes that explain prisoner radicalization are firstly addressed. Thereupon, the main instruments in which the Spanish Prison System is based to face this phenomenon and to promote the rehabilitation of the already radicalised individuals are examined. Finally, a whole series of critical assessments about the nature of this response are made, being argued that the absolute prioritization of security at the expense of treatment not only enables the violation of fundamental rights but paradoxically also creates a more unsafe scenario.

Title: *The double problem of Jihadist Terrorism in prison: a critical approach to the response of the Spanish Prison System*

-

Palabras clave: prisión, radicalización, sistema penitenciario español, tratamiento, seguridad.
Keywords: *prison, radicalization, Spanish Prison System, treatment, security.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.10

-

InDret

3.2020

Recepción
28/02/2020
-
Aceptación
07/07/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. El fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones
3. La respuesta del sistema penitenciario español
4. Una valoración crítica
4.1. Más de lo mismo: excepcionalidad como solución predilecta
4.2. Cuando la seguridad lo impregna -y desvirtúa- absolutamente todo
4.3. La construcción del radical
5. Conclusiones. Sobre el uso del cañón para matar moscas
6. Bibliografía

-

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

-

1. Introducción*

Dentro de la literatura especializada, las prisiones suelen ser presentadas como espacios aptos para la radicalización yihadista (CUTHBERTSON, 2004; SILKE, 2008; NISTAL, 2019). En este sentido, como prueba visible de este fenómeno, son generalmente citados toda una serie de ejemplos paradigmáticos como el de Abu Musab al-Zarqawi, Richard Reid -más conocido como *the shoe bomber*- o Jamal Ahmidan, considerado como una de las figuras más relevantes en la gestación de los atentados del 11 de marzo en Madrid (GUTIÉRREZ ET AL., 2008: 4). En todos ellos, su estancia en prisión habría desempeñado un papel fundamental a la hora de asumir un ideario radical que, a la postre, habría propiciado su participación en la planificación o comisión de atentados terroristas (HAMM, 2007: 29). VIDINO y sus colaboradores, en estos términos, han advertido que, de los terroristas que cometieron un atentado en Occidente entre el año 2014 y 2017, el 34% de ellos habían estado en prisión previamente (2017: 59), lo que abre el interrogante de si la institución carcelaria favoreció, de un modo u otro, el proceso de radicalización acometido. BASRA, NEUMANN y BRUNNER, por su parte, han afirmado que al menos un 18% de su muestra -compuesta por 79 yihadistas europeos con un pasado delictivo- abrazó el islamismo radical mientras se encontraba cumpliendo condena (2016: 17). En lo que se refiere de forma específica al caso español, REINARES y sus colaboradores esgrimen que, de los yihadistas condenados o muertos en España desde 1996 hasta octubre de 2018 que se radicalizaron total o parcialmente en el territorio español, el 10,5% lo hicieron cuando se encontraban recluidos en un centro penitenciario (2018: 2).

Ante tal contexto, no resulta sorprendente que las prisiones hayan recibido una atención creciente durante los últimos años, desarrollándose toda una serie de estrategias orientadas a prevenir y neutralizar la radicalización yihadista. Asimismo, aunque en menor medida (NEUMANN, 2010: 3), la cárcel también ha sido entendida como un medio que posibilita la intervención sobre aquellos sujetos que ya se encuentran radicalizados, situándose en este punto los programas dirigidos a propiciar tanto la desvinculación del individuo con respecto a los grupos y organizaciones de las que forma parte como su desradicalización (BJORGO y HORGAN, 2008), lo que, en una dimensión más compleja, implicaría también renunciar a todas aquellas ideas o valores radicales que justifican el uso de la violencia (KOEHLER, 2017). En este sentido, la propia RES 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha llamado precisamente a la necesidad de facilitar la reintegración y rehabilitación de los sujetos ya condenados. De este modo, en la realidad definida por la universo penitenciario, la problemática existente orbitaría en torno a dos polos opuestos que introducen importantes tensiones entre la seguridad y el tratamiento: mientras que, de un lado, se detecta la necesidad de implementar mecanismos que impidan que las prisiones puedan ser utilizadas por las organizaciones y grupos terroristas para captar nuevos miembros, también resulta preciso articular, por el otro, vías que posibiliten la reinserción de aquellos sujetos que ya estaban radicalizados de forma previa a su ingreso en prisión.

Además, es importante advertir que, en la actualidad, esta problemática ha adquirido una relevancia incluso mayor. Por una parte, como señalan VIDINO y CLIFFORD, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, el número de yihadistas encarcelados ha crecido de forma

* Autor de contacto: Carlos Fernández Abad, carlos.abad@urjc.es. Este artículo queda inmerso en la participación del autor en el Proyecto de Investigación nacional "La RES 2178 de NU y su trasposición a los derechos penales nacionales: propuestas de equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales" (DER2016-77838-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

significativa (2019: 4). En este sentido, se calcula que, en el periodo comprendido entre el año 2014 y 2018, aproximadamente 4.000 individuos han sido arrestados en la Unión Europea por delitos relacionados con el terrorismo, estando la inmensa mayoría de ellos vinculados con el de tipo yihadista (EUROPOL, 2018: 10). Por ejemplo, en el caso español, el número de internos por delitos relacionados con el terrorismo yihadista ha pasado de 57 en el año 2010 (MINISTERIO DEL INTERIOR, 2011: 235) a 150 en 2018 (MINISTERIO DEL INTERIOR, 2019: 308), lo que equivale a un crecimiento del 163%. Este hecho, en sí mismo, ya supone un riesgo adicional puesto que, como se verá más adelante, la presencia de un mayor número de sujetos ya radicalizados en prisión incide favorablemente en la posibilidad de que otros internos sigan este camino. Por otra parte, tomando en consideración que la duración media de las condenas a prisión por este tipo de delitos en la Unión Europea se situa en aproximadamente cinco años (EUROPOL, 2018: 20), también es importante señalar que, en un periodo relativamente corto de tiempo, muchas de estas personas habrán alcanzado la libertad total, evidenciándose la importancia del tratamiento penitenciario en estos casos. En estos términos, la previsión es que, para el año 2023, la inmensa mayoría de ellas hayan cumplido su condena (VIDINO y CLIFFORD, 2019: 4). De nuevo, en referencia específica al caso español, REINARES y sus colaboradores sostienen que, entre el año 2019 y 2020, al menos 73 yihadistas habrán quedado en libertad (2018: 14).

Precisamente, el objetivo principal de este artículo es realizar un análisis crítico de la respuesta que ha ofrecido el sistema penitenciario español ante esta problemática, tanto en lo que se refiere a la configuración de las prisiones como espacios aptos para la radicalización yihadista como a la necesidad de articular mecanismos que faciliten la vuelta a la sociedad de aquellas personas que ya se encuentran radicalizadas. Para ello, con carácter previo, se abordan en primer lugar las causas que explican el fenómeno de la radicalización yihadista en el contexto específico de las prisiones. A continuación, se examinan los principales instrumentos sobre los que se asienta la política penitenciaria española para hacer frente a esta problemática. Por último, se realizan toda una serie de consideraciones críticas sobre tales instrumentos, poniéndose en evidencia que, para el caso español, la priorización absoluta de la seguridad ha supuesto una subordinación total del tratamiento que, además de servir de base para la vulneración de derechos fundamentales, paradójicamente contribuye a crear un escenario más inseguro.

2. El fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones

Las prisiones, según advierte NEUMMAN, se configuran como «espacios de vulnerabilidad» en los que las personas tienden a experimentar crisis existenciales, lo que, unido al aislamiento social que conlleva esta pena, supone que estas sean más receptivas a mensajes extremistas (2010, p.31). En este sentido, es importante considerar que la entrada en prisión supone un cambio radical de vida. No solo porque la persona es privada del contacto diario con su círculo cercano y enfrentada a su pasado, sino sobre todo porque, al erigirse la prisión como una «institución total» (GOFFMAN, 1999), esta tiene que desarrollar toda una serie de estrategias adaptativas que son necesarias para sobrevivir en un medio caracterizado por su naturaleza excluyente, hostil y anormalizadora (RÍOS, 2018: 100). Como consecuencia, los individuos privados de libertad sufren toda una serie de consecuencias somáticas y psicosociales que abarcan desde la ansiedad y el miedo a la soledad, pasando por experimentar sentimientos de injusticia, odio e incertidumbre (LIEBLING y MARUNA, 2005: 3). En este contexto, para NEUMANN, las dos motivaciones principales que conducen a los internos a adoptar un nuevo sistema de creencias -también una interpretación extremista del Islam- son la búsqueda de significado e identidad y

la necesidad de protección. Además, la asunción de ciertas identidades se constituiría en sí misma como un desafío a la propia autoridad penitenciaria (2010: 28).

En relación con la primera motivación, la «apertura cognitiva» que supone la entrada en prisión puede conducir a que algunos internos busquen respuestas espirituales y, en consecuencia, se adhieran o adopten con mayor énfasis una postura religiosa (BASRA ET AL., 2016: 32), Según sostiene MARRANCI, en el contexto definido por la realidad carcelaria, la religión ayudaría a las personas privadas de libertad en dos puntos diferentes. Mientras que, de un lado, el control de sus vidas es transferido desde el sistema penitenciario hacia una entidad mucho más abstracta como es Dios o Ala, por el otro, el encarcelamiento puede ser interpretado como un designio divino y leído como una oportunidad para cambiar de vida (2009: 69). Por su parte, NEUMANN y ROGERS aluden a que, sobre todo, la religión aporta un sentimiento de seguridad y certeza que resulta enormemente valioso en el ámbito carcelario (2007: 40). En estos términos, conviene destacar que, durante las últimas décadas, el Islam ha sido la religión que más ha crecido en las prisiones. Por ejemplo, en Estados Unidos, el 80% de los internos que buscan respuestas en la religión lo hacen en el Islam (HAMM, 2009: 669), calculándose que, aproximadamente, cada año se convierten a esta religión 35.000 internos (JONES, 2014: 77).

Ahora bien, como apunta NEUMANN, resulta esencial distinguir entre el fenómeno de la conversión religiosa y la radicalización yihadista (2010: 30). En este sentido, siguiendo a HAMM (2009: 669 y ss.), el papel que la literatura especializada confiere al Islam en prisión se ha movido en torno a dos extremos opuestos. Mientras que, por un lado, una posición alarmista ha enfatizado el riesgo que supone en términos de oportunidad para los grupos terroristas el hecho de que cada vez más internos se adhieran al credo islámico, una segunda posición, del otro, ha advertido la ausencia de relación entre este fenómeno y el terrorismo. Según señala HAMM, sería precisamente esta última línea de pensamiento la que cuenta con un fuerte respaldo empírico, evidenciando la mayor parte de estudios existentes que la adhesión al Islam desempeña un rol importante tanto en la seguridad de las prisiones como en la rehabilitación de los internos (CLEAR y SUMTER, 2002; AMMAR ET AL., 2004; SPALEK y EL-HASSAN, 2007). Es decir, una vez que han decidido reestructurar sus vidas a través de la religión, estos serían menos propensos a ser captados por las organizaciones terroristas (HAMM, 2009: 669).

De este modo, como se puede apreciar, no tiene ningún sentido considerar -y, por extensión, también criminalizar- la simple conversión al Islam como un indicio de radicalización yihadista. Este hecho, por su parte, no solo vulnera el derecho a la libertad religiosa que tienen los internos sino que, además, podría generar la impresión de que las autoridades penitenciarias están persiguiendo el Islam, lo que no hace sino alimentar la narrativa victimista en la que se basan muchos de estos grupos (NEUMANN, 2010: 32). Por el contrario, el problema reside cuando el interno, en esta fase de «apertura cognitiva», busca respuestas en corrientes religiosas rigoristas -por ejemplo, el caso del salafismo de orientación belicosa- que justifican el uso de la violencia como instrumento legítimo (HAMM, 2009: 669). Ahora bien, mientras que, tal y como se ha señalado más arriba, la conversión religiosa en prisión es un fenómeno relativamente frecuente, resulta preciso clarificar que, aunque en determinadas ocasiones quiera evidenciarse lo contrario -por ejemplo, GUTIÉRREZ y sus colaboradores aluden a que "existen numerosos precedentes de radicalización en contextos carcelarios" (2008: 4)-, la asunción de este ideario radical es un fenómeno mucho más limitado que, en síntesis, podría ser definido como anecdótico (SILKE y VELDHUIS, 2017: 3). En este sentido, por ejemplo, SINAI advierte que, para el caso de Estados Unidos, la adhesión de los internos blancos al

supremacismo racial representa una amenaza mucho mayor para la Seguridad Nacional de este país (2014: 36).

Por otra parte, en referencia a la adopción de una versión radical del Islam como el resultado de una necesidad de protección personal, es importante considerar que las prisiones se configuran como espacios hostiles donde la violencia es un elemento consustancial a su mera existencia. Sobre esta cuestión, RÍOS señala que la cárcel genera en la persona una sensación permanente de peligro, siendo el miedo un sentimiento omnipresente (2017: 102). Asimismo, conviene destacar que, tal y como advierte MARRANCI, esta violencia tiende a ser más acusada contra las minorías o las personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (2009: 67). En este sentido, ante la necesidad de protección -y, también, para evitar el aislamiento (NEUMANN y ROGERS, 2007: 41)-, las personas pueden unirse a grupos que, especialmente por afinidad cultural, ofrecen una cierta sensación de seguridad y un mayor sentimiento de pertenencia (NEUMANN, 2010: 28), Para TRUJILLO y sus colaboradores, la formación de estos grupos étnicos de naturaleza cerrada es precisamente un factor que puede ser aprovechado por los grupos terroristas. Es decir, una vez que la persona se integra dentro de un grupo que le ofrece protección, esta es más voluble y propensa a interiorizar la ideología de sus miembros (2009: 559), estableciéndose una suerte de *quid pro quo*.

En último lugar, la adopción de una ideología radical en prisión también puede ser planteada como un desafío a la Administración Penitenciaria y, en una dimensión más general, a la existencia de un sistema que se considera injusto (NEUMANN, 2010: 29). En estos términos, resulta frecuente que, en el contexto definido por la institución carcelaria, las personas experimenten toda una serie de sentimientos de odio, enfado y desafección que, de un modo u otro, conducen a la realización de conductas que buscan explicitar un rechazo frontal ante todo lo que representa la Administración (MULCAHY ET AL., 2013: 7). En este punto, precisamente, algunos autores situarían las causas que explican el rápido crecimiento que ha experimentado el Islam frente a otras religiones. Por ejemplo, citando a KHOSROKHAVAR, NEUMMAN y ROGERS aluden a que, especialmente en Francia, la religión representa hoy en día lo que fue el marxismo años atrás (2007: 9). En estos términos, no resulta sorprendente que estos sentimientos puedan ser aprovechados por los grupos terroristas, siendo presentada la adopción de una ideología radical como un medio más para explicitar este rechazo.

Por otra parte, al margen de estas tres motivaciones, desde la literatura especializada también se ha señalado la relevancia que tienen ciertas condiciones penitenciarias en la aparición y consolidación de este fenómeno. Por ejemplo, según pone en evidencia el estudio realizado por USEEM y CLAYTON, aquellas prisiones que presentan mayores niveles de orden y seguridad contribuyen a reducir el riesgo de radicalización (2009: 569). En una línea similar, NEUMANN sostiene que la inseguridad y el desorden agravan las condiciones que convierten a las prisiones en «espacios de vulnerabilidad», siendo el hacinamiento un fenómeno especialmente preocupante que aumenta la probabilidad de que existan conflictos y reduce la capacidad que tienen las autoridades para detectar el extremismo (2010: 35). Por último, aunque la radicalización también se puede producir a través de otros medios -por ejemplo, BRANDON advierte que, en las bibliotecas de algunas cárceles estadounidenses y británicas, podían encontrarse con relativa facilidad libros que promueven una visión radical y belicosa del Islam (2009: 3)-, otro factor enormemente relevante reside en el hecho de si los sujetos ya radicalizados pueden entrar en contacto con el resto de la población penitenciaria. En este sentido, tomando en consideración que buena parte de los procesos de radicalización pueden explicarse a través de la «asociación diferencial» -es decir, como consecuencia de un proceso de

aprendizaje social en el que la comunicación y la interacción personal desempeñan un papel fundamental- (GARCÍA-CALVO y REINARES, 2019), parece lógico pensar que, cuando existe un mayor número de sujetos ya radicalizados en los módulos comunes, mayores son las probabilidades de que otros internos también sigan este camino. Precisamente, sobre esta cuestión, se ha planteado el debate de si son más efectivas aquellas políticas que buscan la dispersión de los presos terroristas o su concentración en un único establecimiento. Mientras que el principal inconveniente de las primeras residiría en su incapacidad para evitar que se produzcan estos contactos, las segundas, al generar un ambiente tan cerrado, podrían conducir a que estos planteamientos ideológicos se vean incluso reforzados, además de ser más costosas y otorgar a estos internos una suerte de estatus especial que resulta totalmente contraproducente (RUSHCHENKO, 2019: 4).

En definitiva, como se ha podido apreciar, las prisiones se configuran como «espacios de vulnerabilidad» en los que las personas presas, ya sea por una motivación u otra, pueden aproximarse a una ideología radical que visualice el uso de la violencia como un medio lícito, viéndose notablemente aumentada esta posibilidad cuando concurren ciertas condiciones penitenciarias.

3. La respuesta del sistema penitenciario español

El caso español, por su parte, no ha permanecido ajeno a la problemática descrita a lo largo de las páginas precedentes. En este sentido, entre el año 2000 y 2002, se constituyó en el Centro Penitenciario de Topas un grupo de internos que, estando organizados en torno al liderazgo de Abderrahmane Tahiri, se dedicó a adoctrinar a otros reclusos con la intención de que, una vez fueran liberados, estos participaran en la comisión de futuros atentados en territorio español (REINARES ET AL., 2018: 7). Aunque esta red fue desarticulada a través de la denominada "Operación Nova" cuando se disponía a preparar una serie de ataques con el objetivo de conmemorar el primer aniversario del 11 de marzo (GUTIÉRREZ ET AL., 2008: 5), Tahiri volvió a configurar años más tarde otro grupo desde la prisión de Estremera que, en esta ocasión, llegó a contar con al menos una veintena de miembros repartidos en veinte centros penitenciarios diferentes (REINARES ET AL., 2018: 9). Por otra parte, como se ha señalado en el apartado introductorio, el número de personas que se encuentran presas por delitos relacionados con el terrorismo yihadista es hoy mucho mayor que hace diez años, existiendo la previsión de que, en un futuro cercano, muchos de ellos alcancen la libertad total (REINARES ET AL., 2018: 14).

En este contexto, resulta esencial examinar cuáles son las diferentes medidas que se han adoptado desde el sistema penitenciario español para hacer frente a esta problemática, tanto en lo que se refiere a la prevención de la radicalización yihadista en los centros penitenciarios como al desarrollo de instrumentos que posibiliten la reinserción de aquellas personas que ya se encontraban radicalizadas de forma previa a su ingreso en prisión. En estos términos, a pesar de que existen iniciativas informales previas -por ejemplo, en 2008, se crean los denominados Grupos de Control y Seguimiento (MARTÍNEZ, 2018: 432)-, actualmente, la respuesta frente al terrorismo yihadista desde el ámbito penitenciario se sustenta sobre dos elementos principales y un instrumento para medir el riesgo de radicalismo violento.

En primer lugar, en una dimensión más referida a la seguridad y el control (NISTAL, 2018: 122), se encuentra la Instrucción 8/2014 de Instituciones Penitenciarias -denominada como "Nuevo Programa para la prevención de la radicalización en los establecimientos penitenciarios"-, cuyo objetivo principal, según se señala en el propio texto, no es otro que limitar la incidencia de

este fenómeno. En este sentido, la citada instrucción comienza haciendo referencia a la preocupación que generan, tanto en España como en los países del entorno, los procesos de captación y radicalización desarrollados en las prisiones, advirtiéndose la exigencia de revisar las prácticas hasta entonces implementadas e incorporar nuevos instrumentos que permitan responder ante este fenómeno de la mejor forma posible. Para ello, se especifica que, fundamentalmente, se trata de recoger, analizar y sistematizar todo un conjunto de datos que permitan detectar y acotar procesos de radicalización incipientes o ya consolidados. En estos términos, cobrarían especial relevancia las relaciones mantenidas entre los internos condenados por algún delito relacionado con el terrorismo yihadista y el resto de internos, además de las conexiones que los primeros mantienen a través de las comunicaciones y visitas (LÓPEZ, 2019: 718). Por último, se indica que también se debe prestar atención a cualquier otro comportamiento indiciario que pueda denotar la existencia de este proceso.

Dentro de esta marco -y, en todo caso, recayendo las tareas de impulso y coordinación del programa sobre el Subdirector de Seguridad-, la Instrucción 8/2014 divide a sus destinarios en tres grupos diferenciados (CAROU, 2019: 551): en primer lugar, en el Grupo A, son clasificados los condenados por pertenencia o colaboración con organización terrorista. Por otro lado, el Grupo B englobaría a aquellos internos que, enmarcados en una actitud de liderazgo captador y proselitista que facilita el desarrollo de actitudes radicales y extremistas entre la población reclusa, realizan labores de adoctrinamiento y difusión de ideas radicalizadas sobre el resto de internos, llevando a cabo actividades de presión y coacción. Por último, el Grupo C acoge a aquellos reclusos que, debido a su propia situación personal, son más vulnerables ante el proceso de radicalización. De este modo, como se puede apreciar, el programa contenido en la Instrucción 8/2014 está enfocado tanto a la parte activa del proceso -sujetos ya radicalizados y personas dedicadas a la radicalización de otros- como a la parte pasiva. Esto es, aquellos reclusos que pueden ser más propensos a iniciar este proceso.

Por su parte, la consecuencia directa de ser clasificado en alguno de estos grupos sería la inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), lo que comporta importantes restricciones en la vida carcelaria (GONZÁLEZ, 2018). Sin bien es cierto que, en un principio, la Instrucción 8/2014 excluyó de este tratamiento al Grupo C, la revisión de la misma mediante la Instrucción 2/2015 corrigió esta situación, argumentándose que, desde ese momento, concurren circunstancias que exigen su inclusión. Además, la Instrucción 8/2014 establece que, una vez se constate que el interno presenta una peligrosidad elevada, no resultará prudente su ubicación en Módulos de Respeto ni la autorización para el acceso a talleres y actividades fuera del departamento y que, en caso de concederse permisos de salida, la progresión al tercer grado o la libertad condicional, deberá existir una especial motivación. Asimismo, también se señala que deberá valorarse la intervención de las comunicaciones y que, en ningún caso, se autorizará la posesión de materiales -ya sean textos o grabaciones- que puedan favorecer el reclutamiento o la radicalización.

De este modo, como se puede apreciar, la Instrucción 8/2014 estaría principalmente orientada a responder a la primera parte de la problemática señalada más arriba. Por otra parte, en un plano más referido al aspecto tratamental (NISTAL, 2018: 122), la Instrucción 2/2016 de Instituciones Penitenciarias -denominada como "Programa Marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas"- comienza señalando que, además de la retención y la custodia, la Administración Penitenciaria tiene la obligación de perseguir la reeducación y la reinserción social de todos los penados, incluidos aquellos relacionados con el terrorismo. Sobre esta cuestión, conviene recordar que, según se deriva del marco jurídico

básico que regula la actividad penitenciaria, las penas privativas de libertad deberán estar orientadas hacia la resocialización del penado (GONZÁLEZ, 2017). En este sentido, se señala que, para dar cumplimiento a este objetivo, la Instrucción 8/2014 debe ser necesariamente acompañada de un Programa específico que, estando dirigido a sujetos ya radicalizados, tenga por finalidad que estos superen de forma progresiva los planteamientos que robustecen su ideología totalitaria. Partiendo de esta base, la Instrucción 2/2016 retoma los grupos fijados en el año 2014 (LARA, 2018: 58), estableciendo que, como elemento común de tratamiento, se promoverá una interpretación del Islam alejada de perspectivas radicales, contándose para ello con la ayuda de imanes moderados al amparo del Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Federación Islámica, además de facilitarse el aprendizaje del español, la integración cultural y la mejora del nivel educativo.

Por otra parte, tomando en consideración el elevado nivel de riesgo y el régimen de vida en el que la práctica totalidad de estos internos se encuentran -esto es, cerrado (CAROU, 2019: 554)-, la Instrucción 2/2016 prevé una actuación específica con el Grupo A que, teniendo la suficiente continuidad temporal, sea de naturaleza individual e intensa. En este sentido, se advierte que cobran especial relevancia los funcionarios de vigilancia y que, en todo caso, la participación en el Programa dependerá de que la persona rechace el uso de la violencia y se haya desvinculado de la organización o grupo del que forma parte. Asimismo, también se menciona la pertinencia de perseguir una mejora en la capacidad empática de estos reclusos, su formación en principios y valores propios de un Estado democrático de derecho y el abordaje y modificación de aquellos elementos actitudinales que los han llevado a planificar, cometer o justificar actos terroristas. En lo que se refiere a los Grupos B y C, aunque se distingue entre las tendencias a la captación y el proselitismo del primero y las variables de vulnerabilidad del segundo, la Instrucción 2/2016 plantea la implementación de un tratamiento conjunto que, teniendo un carácter intenso y duradero en el tiempo, aspire a identificar y modificar aquellas variables psicosociales que podrían explicar el origen, el mantenimiento y la consolidación de los procesos de radicalización violenta. Además, también se contempla el empleo de internos de apoyo musulmanes y, como líneas de actuación prioritarias, una mejora en la capacidad empática y autoestima de estos internos, el fomento de su autonomía personal y la superación de las actitudes extremistas que los han llevado a justificar la violencia.

Finalmente, a través la Orden de Servicios 3/2018, se ha creado recientemente un instrumento que, siguiendo las recomendaciones establecidas por la Red Europea de Prevención del Radicalismo (RAN), está orientado a medir el riesgo de radicalismo violento en prisión (NISTAL, 2019: 125). En este sentido, desde un comienzo, se advierte que este no debe ser entendido en ningún caso como un predictor estático de la conducta futura sino que, más bien, tal instrumento tiene como objetivo principal la detección y valoración de aquellas variables que puedan indicar un riesgo real de comisión de actos relacionados con el radicalismo violento. Como objetivos específicos del mismo, se señala que la existencia de este instrumento debe contribuir a fortalecer la toma de decisiones en lo relativo al tratamiento penitenciario, facilitar la coordinación entre los diferentes departamentos -especialmente las áreas de seguridad y tratamiento- y sistematizar los diversos tipos de intervenciones tratamentales que, sobre el radicalismo violento, se llevan a cabo en los diferentes centros penitenciarios.

En lo que se refiere de forma particular a las características del mismo, se advierte que es de aplicación específica al caso español y que su cumplimentación precisa tanto de sesiones individuales como de un estudio documental sobre el expediente y protocolo del interno, requiriéndose en todo caso la colaboración obligada entre las áreas de seguridad y tratamiento.

Asimismo, se indica que, tras la evaluación de cada variable -estas pueden ser puntuadas, en función de la intensidad con la que aparezcan, como baja, media o elevada-, se ofrecerá una valoración e indicación global del riesgo. Además, al partirse de una concepción dinámica de riesgo, se especifica que, con el objetivo de detectar posibles cambios comportamentales y actitudinales diferentes a los de la evaluación inicial, esta prueba será repetida cada seis meses. En relación con los destinatarios de la misma, de nuevo, se vuelve a hacer alusión a los Grupos A, B y C establecidos en las dos instrucciones anteriores, aunque también se prevé su aplicación a cualquier otro interno cuya inclusión en estos grupos esté siendo valorada.

Este instrumento, por su parte, se divide en dos grandes bloques: Factores A y Factores B-C. En relación con los primeros, denominados como "riesgo de violencia radical", incluyen catorce variables vinculadas con la existencia de una elevada radicalización e intencionalidad violenta. Estas son las siguientes: tendencia a la conducta violenta (A1); antecedentes de violencia relacionada específicamente con el extremismo (A2); medio social externo vinculado al radicalismo violento (A3); intención de cometer actos en defensa de su ideología (A4); identificación de un objetivo al que atacar (A5); impulsividad conductual (A6); rasgos psicopáticos (A7); trastorno mental grave (A8); justificación y afinidad con colectivos violentos (A9); reciente entrenamiento físico (A10); resistencia al cumplimiento de la normativa del centro (A11); y, por último, presencia o intervención de material extremista (A12).

En referencia a los Factores B-C, denominados como "riesgo de proselitismo-captación y radicalización violenta"-, incluirían un total de veintisiete variables referidas tanto a los internos con afán reclutador, proselitista y captador como a indicios vinculados con procesos de radicalización violenta: necesidad de orientar a otros internos sobre la práctica religiosa (BC1); necesidad de un mayor estatus personal (BC2); tendencia a la organización colectiva de actos religiosos (BC3); no se tolera la existencia de árabes no creyentes (BC4); presta apoyo a otros internos (BC5); sentimientos de vulnerabilidad y/o debilidad personal (BC6); sentimientos de agravio personal y/o trato injusto (BC7); sentimientos de ataque al grupo que siente propio (BC8); relaciones preferentes con musulmanes (BC9); percepción de categorías sociales diferenciadas (BC10); sentimientos de rechazo hacia los funcionarios y la Institución (BC11); rechazo a las funcionarias y al personal femenino (BC12); rechazo del tratamiento y no percepción de necesidad de cambio personal (BC13); tendencia al aislamiento (BC14); repetición de hábitos y conductas diarias (BC15); no participación en actividades (BC16); ausencia de planes de futuro (BC17); constancia de conversión religiosa (BC18); sentimientos de indiferencia hacia las víctimas de actos violentos (BC19); existencia de una pobre autoestima (BC20); el interno se muestra influenciable (BC21); existencia de cambios recientes en su rutina diaria (BC22); persistencia conductual pese al etiquetamiento normativo (BC23); movimientos de separación interior y/o modular (BC24); la religión es el pilar de la identidad y la interpretación dominante (BC25); dificultad para admitir otras interpretaciones de la realidad (BC26); y, en último lugar, necesidades personales básicas no cubiertas (BC27).

Además, para valorar la intensidad con la que aparecen estas variables, la Orden de Servicios 3/2018 incluye una suerte de guía para la evaluación de las mismas. En todo caso, el resultado obtenido tras la aplicación de este instrumento es relevante puesto que, según se señala en el propio texto, esta valoración debe ser necesariamente tenida en cuenta en la toma de decisiones por parte de los órganos colegiados.

4. Una valoración crítica

En definitiva, como se puede apreciar, la respuesta que ofrece el sistema penitenciario español frente a la doble problemática descrita al comienzo de este artículo se sustenta sobre un programa orientado a prevenir y neutralizar la radicalización yihadista -Instrucción 8/2014- y otro dirigido a intervenir con sujetos ya radicalizados -Instrucción 2/2016-, además de haberse creado recientemente un instrumento para medir el riesgo de radicalismo violento en prisión -Orden de Servicios 3/2018-. En este sentido, aunque dicha respuesta puede ser objeto de múltiples críticas -por ejemplo, CAROU advierte que la promoción de una determinada visión del Islam y no de otra por parte de la Administración Penitenciaria puede suponer una intromisión en la libertad religiosa que no se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico (2019: 558), resulta ahora conveniente centrar la atención en tres aspectos específicos que, estando íntimamente relacionados, determinan su naturaleza y, paradójicamente, contribuyen a crear un escenario más inseguro.

4.1. Más de lo mismo: excepcionalidad como solución predilecta

En primer lugar, esta respuesta es la enésima muestra de cómo ha penetrado y se ha normalizado la «cultura de la excepcionalidad» en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, conviene recordar que tal excepcionalidad no es, bajo ningún concepto, una cuestión novedosa y exclusiva del modelo hispano sino que, a raíz de los años setenta del siglo pasado y especialmente ante la intensificación de la violencia política (BRANDARIZ y FARALDO, 2006: 31), esta ha sido un común denominador en la respuesta que los Estados han ofrecido ante ciertas formas de criminalidad (LAMARCA, 2016: 174). Es decir, ante la creencia de que las medidas ordinarias eran insuficientes o poco efectivas (RIVERA, 2018: 398), comenzaron a desarrollarse subsistemas penales específicos que, orbitando en torno a la concepción del enemigo (JAKOBS y CANCIO MELIÁ, 2006), supusieron la implementación de medidas específicas como las leyes antiterroristas o la creación de tribunales especiales y cárceles de máxima seguridad (BRANDARIZ y FARALDO, 2006: 31). A pesar de que, como señala RIVERA, este conjunto normativo nació bajo la justificación -o, al menos, sobre el papel- de combatir un fenómeno delictivo muy específico y con la promesa de que únicamente se encontraría vigente durante el tiempo estrictamente necesario, lo cierto es que esta «cultura de la excepcionalidad» no solo está plenamente vigente en la actualidad sino que, además, se ha expandido a otras esferas de la legislación penal que nada tienen que ver con el terrorismo (2018: 400), dando lugar a una difuminación constante de la barrera entre la normalidad y la excepcionalidad jurídica (LAMARCA, 2017: 47).

En lo que se refiere de forma específica al caso español, esta tendencia es perfectamente identificable en el tratamiento que tanto el sistema penal como el penitenciario han conferido al terrorismo, sucediéndose toda una serie de reformas que, pudiéndose ser consideradas como un claro exponente del «Derecho Penal del Enemigo» (JAKOBS y CANCIO MELIÁ, 2006), no solo han elevado las penas a límites draconianos o han adelantado las barreras de punición hasta extremos insospechados sino que, en el ámbito específico de la ejecución penal, entre otras cuestiones, se han creado regímenes de vida que rozan la vulneración de la dignidad humana o se han adoptado políticas que, incluso cuando la amenaza ha dejado ser tal (RÍOS, 2017b: 23), insisten en alejar a los presos de sus núcleos familiares o sociales, con todas las consecuencias que ello conlleva (RIVERA, 2018: 42). En este contexto, mientras que al mismo tiempo era negada -por ejemplo, refiriéndose de forma específica a las Instrucciones analizadas más arriba,

NISTAL sostiene que "es preciso manifestar que estas especifidades en la aplicación del derecho penitenciario [...] no deben considerarse, en ningún caso, una excepcionalidad en la aplicación de la normativa" (2019: 131)-, la excepcionalidad ha sido presentada como un rasgo necesario para luchar contra el terrorismo, ya sea nacionalista, religioso o de cualquier otro tipo. En este sentido, esta cuestión puede ser claramente apreciada cuando, en una de las pocas publicaciones dedicadas específicamente a examinar cómo se ha manifestado el fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones españolas, GUTIÉRREZ y sus colaboradores concluyen afirmando que, entre otras disfunciones del modelo penitenciario español para hacer frente a este fenómeno, se encuentran que no todos los internos yihadistas son destinados a módulos de aislamiento, la dificultad para realizar cacheos integrales a las personas que visitan los centros penitenciarios o la ausencia de un control minucioso sobre las ONG´s que atienden a presos musulmanes (2008: 5).

La propia Instrucción 2/2016, por su parte, hace gala de esta excepcionalidad al señalar que, en el ordenamiento jurídico español, el tratamiento punitivo del terrorismo se ha abordado con elementos diferenciales que, atendiendo a la peligrosidad de las personas afectadas, se han plasmado en la existencia de mayores exigencias para el acceso a los «beneficios penitenciarios», especiales prevenciones en lo que se refiere a la clasificación penitenciaria -esto es, en la clasificación prácticamente automática en primer grado (RODRÍGUEZ, 2010: 19)- y los programas de separación de los reclusos terroristas en diferentes centros penitenciarios. En este sentido, a pesar de que la excepcionalidad es una constante a lo largo del texto -por ejemplo, se señala que, una vez constatada la existencia de una peligrosidad elevada, no solo no resultará prudente la ubicación en módulos de respeto ni la autorización para el acceso a talleres y actividades fuera del departamento sino que, además, la concesión de permisos de salida y la progresión al tercer grado o la libertad condicional deberán contar con una especial motivación y justificación-, la Instrucción 8/2014 ahonda en este tipo de respuesta mediante un instrumento muy concreto: los FIES.

Tal y como se ha advertido más arriba, esta Instrucción -y la posterior modificación introducida por la Instrucción 2/2015- supone que los internos involucrados en un supuesto proceso de radicalización -ya sea de forma activa o pasiva- sean clasificados en alguno de los tres grupos existentes -A, B y C-, siendo la consecuencia más inmediata su obligada inclusión en alguno de los FIES existentes. Ahora bien, resulta conveniente clarificar que el hecho de que las personas condenadas por terrorismo sean objeto de este tratamiento no es un fenómeno particularmente novedoso -lo que, por su parte, no equivale a señalar que esta no sea un medida paradigmática de la «cultura de la excepcionalidad» (RIVERA, 2018)- puesto que, como señala GONZÁLEZ, estos fueron creados precisamente para estos internos (2018: 468). Lo que sí es novedoso, por el contrario, es su extensión indiscriminada a otros grupos de internos que, sin haber sido condenados por ningún delito relacionado con el terrorismo, son considerados como tales, constituyéndose como un paso más allá en la extensión y normalización de la excepción. En estos términos, mientras que el Grupo B acoge a internos que, en una actitud de liderazgo captador y proselitista, llevan a cabo una misión de adoctrinamiento y difusión de ideas radicalizadas -debido a que en ningún momento se menciona que hayan sido condenados por este comportamiento o que exista un proceso penal abierto al respecto, cabe suponer que todo se basa en meras sospechas o especulaciones-, el Grupo C incluye directamente a personas caracterizadas por su especial vulnerabilidad ante los procesos de captación.

A pesar de que la Instrucción 12/2011 -relativa a la regulación de los FIES- especifica que la inclusión en estos ficheros no determinará por sí misma la asignación de un régimen de vida

distinto a aquel que le correspondiera legalmente -configurándose, según se señala, como una simple base de datos de naturaleza administrativa que recoge información referida a la situación penal, procesal y penitenciaria de determinados grupos de internos-, lo cierto es que, tal y como se ha señalado repetidamente desde la literatura especializada (RÍOS, 2014; CAROU, 2017; GONZÁLEZ, 2018), las medidas de seguridad y control que estos llevan asociadas suponen la creación de un régimen específico de naturaleza más restrictiva, de modo que, mientras que los internos destinados al régimen ordinario experimentan una situación de vida similar a los clasificados en primer grado, a estos últimos se les añaden condiciones aún más gravosas que dificultan enormemente el día a día (GONZÁLEZ, 2018: 478). En estos términos, conviene subrayar que, entre otras, las medidas de control previstas en la Instrucción 12/2011 abarcan la obligación de mantener una observación y control permanente sobre cada una de las actividades en las que el interno participa, su ubicación en módulos o departamentos que cuenten con especiales medidas de seguridad, los cambios de celda periódicos, las rondas nocturnas con una periocidad no superior a dos horas o la potenciación de las medidas de seguridad interior como los cacheos, los recuentos y las requisas.

Al margen de las principales críticas que se han dirigido contra los FIES (RÍOS, 2014; CAROU, 2017; GONZÁLEZ, 2018), quedando claro que su mera existencia se constituye como una base para la vulneración de derechos fundamentales y la aparición de formas de violencia institucional (RIVERA, 2018: 403), lo que interesa aquí señalar es que, incluso desde una dimensión pragmática que anteponga la búsqueda de eficacia a la legitimidad, la utilización de esta medida -y, en una dimensión más general, cualquiera que incida sobre la excepcionalidad existente- no hace sino potenciar las principales causas que, conforme se advirtió en la primera parte de este trabajo, alimentan los procesos de radicalización en los centros penitenciarios. Es decir, el empleo sistemático de estas medidas supone que el interno quede inmerso en un medio aún más hostil, excluyente y anormalizador que el que representa la prisión en sí misma. En este contexto, no solo se intensifica la necesidad de buscar significado y redefinir la identidad personal sino que, tomando en consideración la dureza de las condiciones experimentadas, los sentimientos de agravio personal se tornan especialmente intensos. Sirva como ejemplo que, en el estudio empírico efectuado por CABRERA y RÍOS sobre el régimen cerrado -que, por su parte, mantiene una íntima relación con la inclusión en los FIES-, los autores advierten que, además de existir una cierta correlación entre la estancia en este régimen y la reincidencia, este genera graves consecuencias psicológicas que abarcan desde la intensificación de los sentimientos de odio y rencor hasta la existencia de un deseo de venganza y mayores cotas de violencia y agresividad (2002: 186). De este modo, como se puede apreciar, la prevención de la radicalización se estaría sustentando sobre un elemento que no hace sino potenciar las causas que alimentan su aparición, constituyéndose como una suerte de contradicción sistémica. Si, en el caso de los internos que conforman los Grupos A y B -supuestamente ya radicalizados-, la adopción de este tipo de medidas serviría en gran parte para consolidar estos procesos, la vulnerabilidad que caracteriza a los internos del Grupo C se vería notablemente incrementada.

4.2. Cuando la seguridad lo impregna -y lo desvirtúa- absolutamente todo

Por otra parte, como se ha señalado más arriba, la Instrucción 2/2016 concentra su atención en los aspectos tratamentales, reconociendo expresamente que, siendo la reeducación y la reinserción social dos objetivos que también deben ser perseguidos en los supuestos de terrorismo, se presenta como necesario implementar un programa específico que esté

destinado a intervenir con sujetos ya radicalizados. Ahora bien, resulta conveniente destacar que esto lo hace desde una visión profundamente securitaria (CAROU, 2019: 550). Es decir, tal y como afirma ACALE, "su finalidad no es la de ofrecer un programa de tratamiento, sino la de garantizar la seguridad interior del Centro penitenciario" (2018: 449). Este hecho, por su parte, no solo se puede comprobar en la importancia que concede tal Instrucción a los equipos de seguridad en la coordinación y ejecución del mismo -por ejemplo, entre otras cuestiones, se advierte que, para su puesta en marcha, es especialmente importante la colaboración entre las áreas de tratamiento y seguridad o que, en el caso de los internos clasificados en el Grupo A, cobran especial relevancia los funcionarios de vigilancia- sino sobre todo cuando la Instrucción 2/2016 señala que el programa de intervención delineado obedece a «una clara apuesta por la defensa social».

En este contexto, es muy importante considerar que la propia Instrucción, pese a orbitar en torno a la noción de tratamiento y la importancia de la reeducación y la reinserción social, parte de una profunda desconfianza hacia sus destinatarios, siendo las referencias a la peligrosidad -ya sea presente o futura- un elemento constante (ACALE, 2018: 450). De hecho, según apunta MARTÍNEZ respecto a las clasificación de los diferentes internos en los Grupos B y C, la misión fundamental no es otra que descubrir posibles terroristas que hayan pasado inadvertidos bajo la etiqueta de la delincuencia común (2018: 435). En este sentido, este punto se manifiesta no solo en la dificultad existente para acceder a los permisos de salida o a los mal llamados «beneficios penitenciarios» sino que, estructuralmente, el programa se configura más como una intervención orientada a neutralizar a los sujetos ya radicalizados y prevenir la radicalización -siempre de un modo coercitivo- de aquellos que pueden iniciar este proceso que como una herramienta dirigida a propiciar procesos de desradicalización y desvinculación entre estos internos.

La intervención planteada con el Grupo A, en estos términos, es un claro exponente de lo sostenido en el párrafo inmediatamente anterior. Si bien es cierto que la mejora en la capacidad empática y la formación en principios y valores propios de un Estado democrático parece una opción más que aconsejable en estos supuestos, tal pretensión queda mermada cuando, bajo la retórica del elevado nivel del riesgo que comportan estos internos, se toma por descontado que serán destinados al régimen cerrado, lo que supone una clara intensificación de los aspectos securitarios -no resulta sorprendente que, desde este punto de vista, la Instrucción advierta que son precisamente los funcionarios de vigilancia y no otros profesionales los que cobran una relevancia especial- y una importante limitación en sus posibilidades de socialización, dificultando cualquier aspiración tratamental (CAROU, 2019: 554). En este sentido, no debe olvidarse que, tal y como señala RÍOS, el régimen cerrado está basado en el control y el aislamiento de la persona presa, implicando -entre otras cuestiones- que esta pueda pasar veintiuna horas al día en la celda o que sea sometida a continuos cacheos y registros, existiendo una marcada ausencia de actividades tratamentales (2017: 123). Esto, por su parte, además de aumentar los riesgos de desestructuración personal y psicológica (CAROU, 2017: 297), podría llevar al hecho de que estos individuos, lejos de abandonar el colectivo del que forman parte, se identifiquen aún más con él y se reafirmen tanto en los vínculos ideológicos como criminales (ACALE, 2018: 450).

Asimismo, como señala ACALE, otro riesgo que se deriva de este automatismo con el régimen cerrado reside en el hecho de que, al ser condenas cortas, muchos de estos internos alcanzarán la libertad total sin haber pasado por otros regímenes previamente, lo que podría generar un efecto criminógeno y potenciar su peligrosidad (2018: 450). En este contexto, parece claro que

la línea prioritaria de actuación orbitaría más en torno a la neutralización del sujeto que sobre su tratamiento. Es decir, bajo una sospecha omnipresente, la Instrucción 2/2016 confunde e identifica la intervención con sujetos ya radicalizados y la prevención de la radicalización yihadista, subordinando cualquier tipo de aspiración tratamental a las necesidades de seguridad. Por otra parte, otro aspecto destacado de la Instrucción reside en el hecho de que, conforme al art. 72.6 LOGP, la participación del interno en el programa podrá ser revertida cuando su actitud fuese contraria a los objetivos de reinserción planteados, resultando en todo caso necesario acreditar el rechazo a la violencia y la desvinculación de la organización criminal. En estos términos, parece que la Instrucción olvida que los destinatarios del programa son sujetos radicalizados, confundiendo el resultado esperable del programa con el punto de partida.

4.3. La construcción del radical

Por último, siendo una clara manifestación de la «nueva penología» (FEELEY y SIMON, 1992) y el «actuarialismo penitenciario» (RIVERA, 2015), otro aspecto que merece ser destacado es cómo, a través de la Orden de Servicios 3/2018, se ha construido una figura de radical muy determinada que, orbitando en torno a las nociones del riesgo y la peligrosidad, comporta importantes implicaciones. En este sentido, como cuestión previa, es importante advertir que el uso del vocabulario basado en el riesgo no es una cuestión especialmente novedosa puesto que, en el contexto definido por la «sociedad del riesgo» (BECK, 2001), han sido constantes los intentos orientados a desarrollar instrumentos que permitan su identificación, neutralización e incluso predicción (RIVERA, 2015: 105). La Política Criminal, en estos términos, no ha permanecido ajena a esta tendencia, incorporándose toda una serie de instrumentos que, guardando una estrecha relación con las prácticas desarrolladas por las compañías aseguradoras (DE GIORGI, 2006), han supuesto la penetración de las lógicas actuariales y gerenciales en la realidad definida por el universo penal y penitenciario (BRANDARIZ, 2014). Precisamente, en lo que se refiere de forma específica al sistema penitenciario español, GARCÍA-BORES alude a la paulatina configuración de una «cárcel dispar» en la que, coexistiendo diferentes lógicas del castigo -entre ellas, las de tipo actuarial y gerencial-, el discurso rehabilitador es ahora acompañado de otro donde el principal interés se sustenta en la reducción de los riesgos, empleándose para ello instrumentos matemáticos que están dirigidos a la predicción de los mismos (2015: 162).

El instrumento de evaluación creado por la Orden de Servicios 3/2018, por su parte, ejemplifica a la perfección esta lógica de naturaleza actuarial, advirtiéndose en el propio texto que, si bien es cierto que esta prueba no se puede entender como un instrumento orientado a predecir la conducta futura, el objetivo de su implementación no es otro que detectar y valorar variables que puedan indicar un riesgo real de comisión de actos relacionados con el radicalismo violento. Ahora bien, al margen de las complicaciones -o, directamente, la imposibilidad- que plantea la consecución de este objetivo, una cuestión que no debe ser perdida de vista reside en el hecho de que este tipo de valoraciones, a pesar de estar revestidas de un aura de cientificidad y objetividad (DE GIORGI, 2006: 131), no dejan de ser una construcción puramente artificial (DEL ROSAL, 2009: 28). Es decir, como señala BRANDARIZ refiriéndose a la naturaleza de estos instrumentos, "el riesgo y su activación en clave de control social son construcciones colectivas, preñadas de elementos culturales, morales y políticos" (2014: 8). En otras palabras, el hecho de ser considerado como un radical no sería tanto el producto de una operación matemática como el resultado de todo un conjunto de valoraciones subjetivas que, ya sea en el momento de formular las variables o recoger los datos, se encuentran profundamente sesgadas.

Esta cuestión, lejos de ser irrelevante, tiene una importancia decisiva puesto que, si se atiende a la naturaleza de las variables que constituyen este instrumento, rápidamente se advierte que, además de ser una clara construcción social, la figura del radical resultante presenta serias deficiencias. En este sentido, entre los catorce factores de violencia radical -denominados como Factores A-, se encuentran variables tan dispares como la tendencia a la conducta violenta, la impulsividad conductual, la presencia de rasgos psicopáticos, la existencia de un trastorno mental grave, la resistencia al cumplimiento de la normativa del centro o la práctica reciente de entrenamiento físico. Por otra parte, si bien es cierto que el resto de los factores previstos guardan una mayor relación con el objeto de estudio, no deja de resultar preocupante que algunos de ellos incidan en la esfera interna de la persona, suponiendo una clara criminalización del pensamiento. Por ejemplo, la variable A9 se refiere a la justificación y afinidad con colectivos violentos, especificándose en la guía para el estudio de las variables que, entre otras cuestiones, se deberá preguntar al interno si considera que la violencia es el único medio disponible para la consecución de ciertos objetivos o si encuentra alguna causa que explica la existencia de grupos terroristas como el Estado Islámico. En una línea similar, en lo que se refiere a la variable A5 -la identificación de objetivos a los que atacar-, la guía recomienda preguntar al recluso si identifica a alguien -ya sea una persona, institución o país- como el culpable de su situación y si alguna vez ha pensado en atacarle. En el supuesto de los veintisiete factores B-C -denominados como "riesgo de proselitismo-captación y radicalización violenta"-, la situación es incluso más gravosa puesto que aquí se tienen en cuenta variables que remiten directamente a las consecuencias de la realidad carcelaria -entre otras, sentimientos de debilidad y/o vulnerabilidad personal, sentimientos de agravio personal y/o trato injusto, ausencia de planes de futuro o la existencia de una pobre autoestima- y una mayor religiosidad. Por ejemplo, se recogen variables como la necesidad de orientar a otros internos sobre la práctica religiosa, la tendencia a la organización de este tipo de actos o el hecho de que la religión sea el rasgo esencial de la identidad de la persona.

De este modo, la obtención de una puntuación alta en la aplicación de este instrumento no equivale necesariamente a estar radicalizado y, menos aún, a estar dispuesto a participar en futuros hechos delictivos relacionados con el terrorismo, siendo muchas de las variables que lo componen arbitrarias y directamente injustificadas. Ahora bien, una vez que la persona es etiquetada como «radical», se suceden toda una serie de actuaciones que, bajo la lógica preventista y securitaria (PÉREZ, 2016), comportan importantes consecuencias: de un lado, en la propia Orden de Servicios se señala que los órganos colegiados deberán conocer la existencia de este instrumento y tomarlo en consideración para la deliberación y el voto. Es decir, si una persona es catalogada como «radical», además de ser incluida en el Régimen FIES, difícilmente podrá acceder a permisos de salida, progresiones de grado o la libertad condicional. Por otra parte, este tipo de discursos basados en el riesgo y la peligrosidad, ya sea presente o futura, abren la puerta a rutas inocuizadoras, convirtiéndose en una suerte de estigma para quienes los sufren (DEL ROSAL, 2009: 28). En este sentido, más que buscar la reeducación y la reinserción de estas personas, el objetivo estribaría fundamentalmente en su neutralización, con todo lo que ello implica.

5. Conclusiones. Sobre el uso del cañón para matar moscas

Por tanto, tal y como se ha podido apreciar a lo largo de las páginas precedentes, la respuesta que ofrece el sistema penitenciario español frente a la doble problemática sobre la que orbita este trabajo se caracteriza esencialmente por una priorización absoluta de la seguridad,

desplazando a un segundo plano cualquier tipo de aspiración tratamental. En este sentido, pese a remitir a dos realidades diferentes que requieren soluciones distintas, la prevención de la radicalización yihadista es equiparada con la intervención con sujetos ya radicalizados, teniendo lugar todo una difuminación entre las prácticas y métodos empleados que, en síntesis, terminan por sustentarse sobre una línea de actuación prioritaria: neutralizar la peligrosidad para crear un escenario más seguro. Ahora bien, lo que no tiene en cuenta esta respuesta es que, además de servir de base para la vulneración de derechos fundamentales, esta no hace sino generar el efecto contrario. De un lado, en lo que se refiere a los sujetos ya radicalizados, la dimensión fundamentalmente securitaria del tratamiento impide que estos sean objeto de actuaciones que verdaderamente estén encaminadas hacia la desradicalización y la desvinculación de estos internos, generándose el riesgo de que, cuando alcancen la libertad total, el punto de partida sea exactamente el mismo o, tomando en consideración las consecuencias psicosociales que se derivan de las estancias prolongadas en régimen cerrado o el cumplimiento de la condena sin acceder a cuestiones tan básicas como los permisos de salida o las comunicaciones con el exterior, incluso peor. De otro lado, en relación con la prevención de la radicalización, esta se realiza a través de unas medidas que, ya sea por la excepcionalidad de las mismas o el carácter limitador que comportan, contribuyen a alimentar la vulnerabilidad social que nutre estos procesos.

En definitiva, parece evidente que la respuesta efectuada, lejos de solucionar la doble problemática advertida, contribuye a potenciarla y cronificarla, desempeñando la priorización total de la seguridad un papel protagonista en este desenlace. En este contexto, se presenta como estrictamente necesario un replanteamiento radical y urgente de la misma que, siendo escrupulosamente respetuoso con los derechos fundamentales, tenga por objeto ofrecer una solución más factible donde el tratamiento de los sujetos ya radicalizados -especialmente referido a propiciar procesos de desvinculación y desradicalización- ocupe una posición de centralidad y la prevención de la radicalización yihadista se realice a través de medidas que no alimenten su existencia. Entre ellas, por supuesto, un menor uso de la prisión y, en aquellos casos donde no sea posible, una atenuación de las condiciones estructurales que la convierten en un «espacio de vulnerabilidad». En pocas palabras, todo lo contrario que se ha hecho hasta ahora.

6. Bibliografía

María ACALE (2018), "Terrorismo y tratamiento punitivista: más allá de la prisión", en PÉREZ CEPEDA, A.I (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Nawal AMMAR, Robert WEAVER y Sam SAXON (2004), "Muslims in Prison: a Case Study from Ohio State Prisons", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology,* núm. 48, vol. 4, págs. 414-428.

Rajan BASRA, Peter R. NEUMANN y Claudia BRUNNER (2016), "Criminal Pasts, Terrorist Futures: European Jihadist and the New Crime-Terror Nexus", *The International Centre for the study of radicalisation and political violence,* págs. 1-54.

Ulrich BECK (2001), *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Paidós.

Toro BJORGO y John HORGAN (2008), *Leaving Terrorism Behind: individual and collective disengagement,* Routledge, Nueva York.

José Ángel BRANDARIZ (2014), "La difusión de las lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 2, págs. 1-27.

José Ángel BRANDARIZ y Patricia FARALDO (2006), "Introducción: Postfordismo y nueva economía política de la pena", en DE GIORGI, A. (aut.), *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud,* Traficantes de Sueños, Madrid.

James BRANDON (2009), "The danger of prison radicalization in the West", *CTC SENTINEL,* núm. 12, vol. 12, págs. 1-4.

Pedro José CABRERA y Julián RÍOS (2002), *Mirando al abismo: el régimen cerrado,* Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

Sara CAROU (2017), *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho: el estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad,* Bosch, Barcelona.

Sara CAROU (2019), "Yihadismo y Derecho Penitenciario. La prevención del extremismo violento en prisión desde una perspectiva tratamental", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol. XXII, págs. 522-566.

Tood CLEAR y Melvina SUMTER (2002), "Prisoners, Prison, and Religion: Religion and Adjustment to Prison", *Journal of Offender Rehabilitation,* núm. 3-4, págs. 125-156.

Ian M. CUTHBERTSON (2004), "Prisons and the Education of Terrorists", *World Policy Journal,* vol. 21, págs. 15-22.

Bernardo DEL ROSAL (2009), "¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 11-08, págs. 1-64.

EUROPOL (2018), "Terrorism situation and trend report", *EUROPOL,* págs. 1-70

Malcom M. FEELEY y Jonathan SIMON (1992), "The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications", *Criminology,* núm. 4, vol. 30, págs. 449-474.

Josep GARCÍA-BORÉS (2015), "La *cárcel dispar*. Indagando la evolución del telos penitenciario", *Revista Crítica Penal y Poder,* núm. 9, págs. 146-171.

Carola GARCÍA-CALVO y Fernando REINARES (2019), "Radicalización yihadista y asociación diferencial: un estudio cuantitativo del caso español", en BERMEJO CASADO, R. y BAZAGA FERNÁNDEZ, I. (coord.), *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Erving GOFFMAN (2001), *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales,* Amorrortu, Buenos Aires.

Tàlia GONZÁLEZ (2017), *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución,* Tirant lo Blanch, 2017.

Tàlia GONZÁLEZ (2018), "Prisión y Terrorismo Yihadista: los FIES como medida penitenciaria de prevención de atentados, de adiestramiento y reclutamiento con fines terroristas", en ALONSO

RIMO, A. (Dir.), CUERDA ARNAU, M.L (Dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia.

José Antonio GUTIÉRREZ, Javier JORDÁN y Humberto TRUJILLO (2008), "Prevención de la radicalización yihadista en las prisiones españolas. Situación actual, retos y disfunciones del sistema penitenciario", *Athena Intelligence Journal,* núm 1, vol. 3, págs. 1-9.

Mark HAMM (2007), "Terrorist Recruitment in American Correctional Institutions: An Exploratory Study of non-traditional faith groups", *National Institute of Justice,* Final Report, págs. 1-128.

Mark HAMM (2009), "Prison Islam in the age of sacred terror", *British Journal of Criminology,* núm. 49, págs. 667-685.

Gunter JAKOBS y Manuel CANCIO (2006), *Derecho Penal del Enemigo,* Civitas, Madrid.

Clarke JONES (2014), "Are prisons really schools for terrorism? Challenging the rhetoric on prison radicalization", *Punishment and Society,* núm. 16, págs. 74-103.

Daniel KOEHLER (2017), *Understanding Deradicalization. Methods, tools and programs for countering violent extremism*, Routledge, Nueva York.

Carmen LAMARCA (2016), "Legislación penal española y delitos de terrorismo: la suspensión de garantías", en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.) y PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI,* Ratio Legis, Salamanca.

Carmen LAMARCA (2017), "Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad", *Jueces para la Democracia,* núm. 88, págs. 39-55.

Alison LIEBLING y Shadd MARUNA (2005), "Introduction: the effects of imprisonment revisited", en Alison LIEBLING y Shadd MARUNA (eds.), *The Effects of Imprisonment,* Routledge, Nueva York.

Montserrat LÓPEZ (2019), "Reeducación y reinserción social del recluso (terrorista)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol. XXII, págs. 701-729.

Gabriele MARRANCI (2011), *Faith, Ideology and Fear. Muslim Identities Within and Beyond Prisons,* New York Continuum, Londres.

Miguel Ángel MARTÍNEZ (2018), "Estrategias contra el terrorismo islamista en prisión", en Alberto ALONSO RIMO (Dir.), María Luisa CUERDA ARNAU (Dir.) y Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia.

MINISTERIO DEL INTERIOR, Anuario Estadístico (2011), Publicaciones de la Administración General del Estado, Secretaria General Técnica, Madrid.

MINISTERIO DEL INTERIOR, Anuario Estadístico (2019), Publicaciones de la Administración General del Estado, Secretaria General Técnica, Madrid.

Christian MORENO (2018), "Programa español de intervención en radicalización violenta con internos islamistas en centros penitenciarios", *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística,* núm. 20, págs. 51-67.

Elizabeth MULCAHY, Shannon MERRINGTON y Peter BELL (2013), "The Radicalisation of Prison Inmates: Exploring Recruitment, Religion and Prisoner Vulnerability", *Journal of Human Security,* núm. 1, vol.9, págs. 4-14.

Peter NEUMANN (2010), "Prisons and Terrorism. Radicalisation and De-radicalisation in 15 Countries", *The International Centre for the study of radicalisation and political violence,* págs. 1-68.

Peter NEUMANN y Brooke ROGERS (2007), "Recruitment and Mobilisation for the Islamist Militant Movement in Europe", *European Commission,* págs. 1-103.

Javier NISTAL (2019), "Radicalización en prisión", en BERMEJO CASADO, R. e BAZAGA FERNÁNDEZ , I. (eds.), *Radicalización violenta en España: detección, gestión y respuesta,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Ana Isabel PÉREZ (2016), "La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista", en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.) y PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI,* Ratio Legis, Salamanca.

Fernando REINARES, Carola GARCÍA-CALVO y Álvaro VICENTE (2018), "Yihadismo y prisiones: un análisis del caso español", *Real Instituto Elcano,* ARI 123/2018, págs. 1-16.

Julián Carlos RÍOS (2014), *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse en la cárcel,* Colex, Madrid.

Julián Carlos RÍOS (2017), *Cuestiones de Política Criminal. Funciones y miserias del sistema penal,* Comares, Granada.

Julián Carlos RÍOS (2017b), "La gestión de la ejecución de la pena de prisión en relación con las personas presas por delitos de terrorismo", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 4, págs. 1-25.

Iñaki RIVERA (2015), Actuarialismo Penitenciario. Su recepción en España, Revista Crítica Penal y Poder, 9, págs. 102-144.

Iñaki RIVERA (2018), "Nuevamente, sobre la emergencia y la excepcionalidad penal y penitenciaria", en Alberto ALONSO RIMO (Dir.), María Luisa CUERDA ARNAU (Dir.) y Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Cristina RODRÍGUEZ (2010), "Las respuestas del Derecho Penitenciario ante la delincuencia terrorista", *Revista General de Derecho Penal,* núm. 13, págs.1-57.

Julia RUSHCHENKO (2019), "Terrorist recruitment and prison radicalization: Assessing the UK experiment of «separation centres»", *European Journal of Criminology,* Special issue: Understanding European jihadist: criminal, extremist or both, págs. 1-20.

Andrew SILKE (2014), *Prisons, Terrorism and Extremism. Critical issues in Management, Radicalisation and Reform,* Routledge, Londres.

Andrew SILKE y Tinka VELDHUIS (2017), "Countering Violent Extremist in Prisons: A review of Key Recent Research and Critical Research Gaps", *Perspectives on Terrorism,* núm. 5, vol. 11, págs. 2-11.

Joshua SINAI (2014), "Developing a model of prison radicalisation", en SILKE, A. (ed.), *Prisons, Terrorism and Extremism. Critical issues in Management, Radicalisation and Reform,* Routledge, Londres.

Basia SPALEK y Salah EL-HASSAN (2007), "Muslim Converts in Prison", *The Howard Journal,* núm.2, vol.46, págs. 99-114.

Humberto TRUJILLO, Javier JORDÁN, José Antonio GUTIÉRREZ y Joaquín GONZÁLEZ CABRERA (2009), "Radicalization in Prisons? Field Research in 25 Spanish Prisons", *Terrorism and Political Violence,* núm. 21, págs. 559-579.

Bert USEEM y Obie CLAYTON (2009), "Radicalization of U.S prisoners", *Criminology & Public Policy,* núm. 3, vol. 8, págs. 561-592.

Lorenzo VIDINO, Francesco MARONE y Eva ENTENMANN (2017), *Fear Thy Neighbor. Radicalization and Jihadist Attacks in the West*, Ledizioni, Milan.

InDret
3.2020

La inserción profesional de los criminólogos
Estudio de caso de la Universidad Pompeu Fabra

Clara Cortina Trilla
Universidad Pompeu Fabra

Aroa Arrufat Pijuan
Universidad Pompeu Fabra

Sumario

-

Cada año se gradúan cientos de criminólogos en las universidades españolas y sin embargo existe un gran desconocimiento sobre su inserción profesional. Este estudio pretende aportar una nueva aproximación a esta cuestión mediante un estudio de caso de la Universidad Pompeu Fabra. A través de los datos obtenidos mediante un cuestionario propio administrado de forma telemática y exhaustiva a todos los graduados de las siete promociones con las que cuenta la universidad, se muestra que un 35% de los graduados totales se encuentran ocupados con empleos afines a la criminología y que en la mayoría de casos se pueden considerar empleos estables. Además, mediante pruebas chi cuadrado se ha podido comprobar que las variables que más influyen en una trayectoria profesional exitosa son la especialización posterior y la participación en actividades adicionales como los voluntariados, las prácticas extracurriculares o los programas de movilidad.

Abstract

-

Hundreds of criminologists graduate each year in the Spanish Universities but there is no much information on how they do in the labor market. The aim of this study is to provide a new approach to this question through a case study developed in the Pompeu Fabra University. The data collected through a new-created questionnaire administered electronically and exhaustively to all the graduates of the seven promotions of that university show that the 35% of all those graduates are employed with criminology related positions and that in most cases those are considered stable employments. In addition, chi squared tests showed that the variables that influence the most in a successful professional career are the subsequent specialization and the participation in additional activities such as volunteering, extracurricular internships or mobility programs.

Title: *The Criminologist's professional inclusion. A case study in Pompeu Fabra University.*

-

Palabras clave: criminología, inserción profesional, mercado laboral, encuesta
Keywords: *criminology, professional inclusion, labor market, survey*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.11

-

InDret

3.2020

Recepción
05/06/2020
-
Aceptación
14/07/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Metodología
3.1. Recogida de datos
3.2. Muestra y población
3.3. El cuestionario
3.4. Variables y análisis de los datos
4. Resultados
4.1. Descripción de la muestra
4.2. Trayectoria formativa
4.3. Trayectoria profesional
4.4. Factores determinantes de la trayectoria profesional
5. Conclusiones
6. Bibliografía

-

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

-

1. Introducción*

La inserción profesional del criminólogo es un tema que ha ido preocupando a lo largo del tiempo a distintos colectivos: a los propios criminólogos por supuesto, pero también a las distintas organizaciones, asociaciones y colegios profesionales que se han ido construyendo con el tiempo y a las universidades que imparten dichos estudios. Por tratarse de un campo profesional relativamente nuevo en España, a las dificultades de inserción propias de los titulados universitarios de ciertos campos en los últimos años se suman las dificultades derivadas de la apertura de nuevos perfiles y puestos en el mercado y, fundamentalmente, por parte de la administración pública.

El presente estudio surge de la necesidad de ver cómo les ha ido a los egresados hasta el momento y de entender qué elementos han podido influir en su inserción en el mercado laboral criminológico. Los resultados obtenidos permitirán mejorar las tareas de orientación profesional que se desarrollan tanto desde las propias universidades como por parte de los colegios profesionales. En definitiva, aunque tal y como dicen GONZÁLEZ y VALLE (2020) la Universidad no tiene la misión de ofrecer una formación orientada exclusivamente al ámbito laboral sí que es importante que trate de aportar herramientas valiosas en el mercado laboral actual para equilibrar las oportunidades futuras de sus estudiantes que inevitablemente proceden de contextos sociales y familiares muy diversos.

En este caso, se formula un proyecto que busca conocer la inserción profesional de todos los graduados en criminología de la Universidad Pompeu Fabra desde su primera promoción en 2013 hasta la última contemplada que corresponde a la del 2019.

2. Antecedentes

Como se ha expuesto, el tema que ocupa el presente estudio ya ha preocupado a otros colectivos con anterioridad y ha inspirado otros estudios sobre la inserción del criminólogo. Estos proyectos han servido como referentes para diseñar el presente así como para comparar los resultados finales obtenidos.

En primer lugar, encontramos el Estudio longitudinal sobre la trayectoria profesional de los graduados y graduadas en Criminología en Andalucía y Cataluña llevada a cabo por la Asociación Andaluza de Criminólogos (ANDACRIM) y el Observatorio de Inserción Profesional de Criminología de Cataluña (OIPCC). Este estudio aún está en construcción pero se puede acceder al cuestionario[1] y a unos primeros resultados presentados por ANDACRIM (2019). En estos se puede apreciar como con una muestra de 186 graduados (actualizados para junio de 2019), hay un 30% de ocupados en puestos afines a la criminología, un 23% de ocupados en empleos no afines a la criminología, un 20% de desempleo y un 27% de egresados preparando oposiciones.

En segundo lugar, se encuentra el seguimiento de la Inserción laboral de los graduados universitarios en Criminología durante tres periodos (2011, 2014 y 2017), desarrollada por la

* Autoras de contacto: Clara Cortina, clara.cortina@upf.edu, Aroa Arrufat, aroa.arrufat@upf.edu. Las autoras agradecen la financiación del PlaClik de innovación docente de la UPF que ha permitido llevar a cabo este estudio. También quieren hacer constar su agradecimiento a todos los graduados que han participado desinteresadamente en la encuesta.

[1] Cuestionario accesible mediante el siguiente enlace: Estudio longitudinal sobre trayectorias de inserción profesional de los/as graduados/as en Criminología en Andalucía y Cataluña

Agencia por la Calidad del Sistema Universitario de Cataluña (AQU). En la edición más reciente (AQU, 2017) solo se consiguió una muestra significativa para la Universidad de Barcelona (UB), Universidad Pompeu Fabra (UPF) y Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). La tasa de respuesta de las tres universidades viró entre un 50 y un 67%, siendo concretamente la de la UPF de un 57,4%. En la Tabla 1 se puede ver de forma sintética los resultados de las principales variables que también se analizarán en el presente estudio tanto para el año 2011, 2014 de forma general como desglosado para la UPF en referencia a los últimos datos disponibles del 2017. A modo de dato resumen, se puede ver que una gran mayoría de graduados están ocupados pero que una pequeña proporción realiza tareas relacionadas con la titulación, en este caso con la criminología.

Tabla 1. Cuadro resumen de los principales datos a comparar del Seguimiento de Inserción laboral de los graduados universitarios en Criminología desarrollado por la AQU

		UPF 2017	Total 2017	Total 2014	Total 2011
Continuación estudios	Sí, cursos de especialización	3,80%	12,40%	13,40%	17,10%
	Sí, licenciatura	26,90%	17,10%	10,60%	12,20%
	Sí, postgrado o máster	46,20%	44,80%	33,80%	26,80%
Situación laboral	Ocupados	81,50%	83,20%	90,80%	98,40%
	Específicas de la titulación	8,00%	11,30%	16,70%	4,90%
Tipo de contratación	Indefinido	44%	50,90%	69,60%	76,40%
	Autónomo	8%	6,30%	8,70%	4,90%
	Temporal	36%	38,70%	20,30%	18,70%
Antecedentes laborales	Solo estudiar	56%	27,50%	5,10%	11,40%
	Trabajo anterior relacionado	-	21,60%	60,90%	56,10%
	Trabajo anterior no relacionado	44%	50,90%	34,10%	32,50%

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados presentados en AQU (2017).

Por último, podemos destacar la existencia de la Encuesta de satisfacción de los graduados UPF, elaborada por la Unidad de Estudios, Proyectos y Calidad (UEPQ) con el apoyo del servicio *Alumni* y la Unidad de Comunicación y Proyección institucional (UCPI). En este caso, no es tan relevante por el contenido de esta sino porque constituye la encuesta de referencia de la comunidad de estudiantes de la Universidad Pompeu Fabra más allá de los datos desglosados que aporta la AQU. El nivel de participación en la última edición de la que se disponen datos (curso 2017-0018) fue de un 15.2%.

3. Metodología

El objetivo principal del presente estudio es conocer cómo les ha ido profesionalmente a los egresados del grado en criminología de la Universidad Pompeu Fabra en el conjunto de sus promociones (desde 2013 a 2019) y conocer qué factores han podido influir en el desarrollo de una u otra carrera profesional. Aunque tiene un carácter bastante exploratorio el objetivo es bastante más ambicioso que cualquier otro estudio realizado anteriormente sobre la materia, por ejemplo, los proyectos presentados en la sección anterior. En concreto, se pretende describir y analizar no solo la posición laboral actual de los egresados sino fundamentalmente sus trayectorias formativas y laborales a lo largo del tiempo (durante los estudios y desde la finalización de estos), estudiando a todas las promociones egresadas de una misma universidad. Además pretende no solo aportar datos univariados como sus predecesores sino incluir análisis bivariados que permitan ver cuantitativamente qué elementos pueden influir en una carrera profesional exitosa.

3.1. Recogida de datos

Para poder responder a los objetivos planteados se construyó y distribuyó de forma telemática un cuestionario propio mediante la aplicación Google Forms que permitirá recoger la información necesaria. La recogida se realizó durante el mes de abril de 2020, en el contexto de la pandemia Covid-19. El cuestionario se administró de forma exhaustiva a todos los graduados del grado en criminología de la UPF en sus siete promociones desde 2013. Para conseguirlo se emplearon dos estrategias complementarias.

En primer lugar, se ha establecido una primera lista de los graduados por promociones con los emails que administraron a la universidad cuando se matricularon por primera vez en primer curso. En segundo lugar, al considerar que muchos de estos emails podían estar inactivos dado el paso del tiempo y el cambio en las necesidades de los usuarios se decidió emplear la red social LinkedIn para buscar y actualizar los emails que se encontraran disponibles.

Una vez se consiguieron las dos listas se envió el cuestionario por email a todos los egresados: al email actualizado si estaba disponible o al email original del primer listado si no se disponía de otro. De esta forma no se eliminaban individuos de la población y se daba la oportunidad de participar si el email seguía activo. Por otra parte, en dicho email se solicitaba a los participantes la difusión de la encuesta en posibles grupos de amigos, excompañeros, etc. que se mantuvieran para tratar de llegar de todas las formas posibles a nuestra población de estudio. Después de una semana se envió un recordatorio a los mismos emails, y se registraron respuestas durante el plazo de un mes desde que se enviara el cuestionario por primera vez. Este periodo se concretó así porque se observó que pasado ese periodo y tras los recordatorios las respuestas ya no incrementaban más.

Tabla 2. Comparación entre población de estudio y muestra

		Población	Población %	Muestra	Muestra %
Género	Mujer	321	68,59	160	72,73
	No binario			5	2,27
	Hombre	147	31,41	55	25,00
Año finalización de los estudios	2013	47	10,04	17	7,73
	2014	66	14,10	32	14,55
	2015	50	10,68	30	13,64
	2016	61	13,03	23	10,45
	2017	86	18,38	43	19,55
	2018	67	14,32	31	14,09
	2019	91	19,44	44	20,00
Media global	Excelente	3	0,64	9	4,09
	Notable	264	56,41	172	78,18
	Aprobado	191	40,81	36	16,36
	NS/NC			2	0,91
Total participantes		468		220	

Fuente: Elaboración propia.

3.2. Muestra y población

La población de estudio comprende a los graduados de las promociones des del 2013 al 2019 haciendo un total de 468 egresados. Tras el periodo de un mes en que la encuesta estuvo activa

se han obtenido 220 respuestas representando así el 47% de los graduados totales. Esta tasa de respuesta además de ser bastante aceptable a niveles generales lo es también por promociones, contando, por ejemplo, con un 36% en la primera promoción, un 60% en la del 2015 o un 50% en la de 2017. Además, supone valores mucho más elevados que la encuesta de satisfacción que se realiza también en la UPF y datos bastante cercanos a la tasa de respuesta de la encuesta realizada por la AQU. Por otra parte, además, como se puede apreciar en la Tabla 2, las características de la muestra son muy parecidas a las de la población por lo que hace al género, a la promoción y a la media global del expediente académico. Así pues, se puede decir que constituye una muestra no solo amplia sino también representativa de la población de estudio.

3.3. El cuestionario

El cuestionario[2] se ha construido siguiendo la estela de los estudios presentados anteriormente con el fin de que los principales resultados puedan llegar a ser comparados y establecer una serie temporal y territorial que permita un análisis más amplio. Se ha tratado de incluir de forma parecida las preguntas clave pero a la vez se han simplificado algunas áreas para hacer el cuestionario más ligero y tratar de incrementar la tasa de respuesta.

Se dividió el cuestionario en cinco bloques. El primero hace referencia a un conjunto de variables sociodemográficas como la edad, el género o el nivel educativo de la madre y del padre. El segundo hace referencia a un conjunto de variables académicas descriptivas como son el año de inicio y fin del grado, el itinerario de especialización cursado, la modalidad en la que se cursó el grado, la nota del expediente académico, el lugar de realización de las prácticas curriculares o extracurriculares, la realización de voluntariados o de programas de movilidad como el programa Erasmus.

El tercer bloque se centra en conocer la trayectoria formativa de los graduados preguntando si han realizado algún estudio complementario antes, durante o después del grado en criminología y en cada caso en qué se trataba. Además, también se preguntaba si la formación posterior al grado estaba finalizada y si estaban preparando oposiciones.

El cuarto grupo de preguntas versaban sobre la situación laboral actual. En ellas se preguntaba sobre los canales de búsqueda de empleo utilizados, la situación laboral actual, el tipo de contrato, el puesto de trabajo, el tiempo que lleva desarrollando la misma tarea y una de las más importantes, si considera que su trabajo actual es afín a los estudios que ha cursado.

Posteriormente se inicia el último bloque de preguntas que están relacionadas con la trayectoria laboral. Se pregunta tanto por la primera como por la segunda experiencia laboral después del grado en criminología. Y además para cada una se pregunta en qué consistía, cuánto tiempo la realizó y si la consideraba afín a los estudios cursados.

Con esta estructura se buscaba no solo conocer el trabajo que desarrolla cada egresado en la actualidad sino, si tuvieron posteriormente a salir del grado alguna experiencia afín con la criminología y si esta fue duradera en el tiempo.

3.4. Variables y análisis de los datos

Tras la recogida de las respuestas se inició un proceso de depuración de los datos y de reagrupación de las variables simples que generaba el cuestionario para acabar obteniendo aquellas combinaciones que parecían de mayor interés y dejar de lado algunas que no

[2] El cuestionario está disponible en: https://forms.gle/ZTyg23cBZv8RdQZdA

aportaban información útil para el propósito final. Algunas variables como el género, la nota del expediente académico o la situación laboral actual se han usado de forma directa, pero otras han sufrido un proceso de recodificación que se puede ver en la Tabla 3.

La más compleja es la variable "Estabilidad del trabajo actual". En este caso, la variable tomará la categoría "Muy estable" si la persona dispone de un contrato indefinido, "Estable" si dispone de un contrato temporal, pero lleva en el mismo puesto más de un año, y "Poco estable" si dispone de un contrato temporal, pero lleva en el mismo puesto menos de un año.

Tabla 3. Descripción de las variables originales y de las variables creadas

Variables originales	Variables creadas
Nivel educativo del padre Nivel educativo de la madre	Nivel educativo máximo de los dos progenitores
Realización de prácticas extracurriculares Realización de voluntariado Participación en programas de movilidad	Realización actividades extras al grado (mínimo una de las tres)
Disciplina cursada antes del grado Disciplina cursada durante el grado Disciplina cursada después del grado	Formación complementaria Listado por categorías profesionales
Tipo de contrato actual Duración del trabajo actual	Estabilidad del trabajo actual
Primera ocupación Segunda ocupación Ocupación actual	Listado por categorías profesionales
Afinidad de la primera ocupación Afinidad de la segunda ocupación Afinidad de la ocupación actual	Afinidad de las ocupaciones totales

Fuente: Elaboración propia

Muchas de estas variables se han presentado con tablas de frecuencia simples, pero una de las pretensiones de este estudio es llegar a establecer relaciones bivariadas entre distintos factores y la carrera profesional desarrollada. Por ello, se ha construido un índice sintético llamado "Trayectoria profesional". Este índice surge de la combinación de tres indicadores del estado profesional actual: la situación laboral actual, la estabilidad laboral actual y la afinidad del empleo actual con la criminología. De esta forma surgen cuatro categorías:

- Aquellos que han estado desocupados o inactivos durante el momento en el que se realizó la encuesta
- Aquellos que están ocupados, pero realizan empleos que se han considerado no afines a la criminología.
- Aquellos que realizan tareas afines pero que son poco estables
- Aquellos que realizan tareas afines y que son consideradas estables o muy estables.

Con este índice se han realizado tablas de contingencia y pruebas chi-cuadrado con cuatro variables para las cuales se quería testear su relación: el género, la nota del expediente, la realización de actividades extra y el tipo de formación complementaria. Además también se ha realizado una regresión logística con estas mismas variables pero sus resultados no se presentarán aquí.

4. Resultados

A continuación, se presentan los principales resultados obtenidos de las 220 respuestas a las distintas preguntas del cuestionario divididos en diversos bloques.

4.1. Descripción de la muestra

En primer lugar, resaltar que aproximadamente el 91% de la muestra tiene en el momento de realizar la encuesta entre 22 y 28 años. En segundo lugar, una pequeña proporción (alrededor de un 13%) realizó el grado en una modalidad diferente a la habitual, es decir, o bien mediante estudios simultáneos con derecho (opción que se ofrecía antes de la existencia del doble grado) o bien con la reciente novedad del doble grado de criminología y derecho.

Tabla 4. Descripción de la muestra según modalidad de los estudios, itinerario cursado y nivel educativo máximo de los progenitores

		Frecuencia	%
Modalidad de estudios	Doble grado	11	5
	Estudios de grado	191	86,82
	Estudios simultáneos	18	8,18
	Total	220	100
Itinerarios	Análisis y prevención del delito	38	17,27
	Biología y psicología criminal	82	37,27
	Criminalidad y sistema penal	74	33,64
	NS/NC	26	11,82
	Total	220	100,00
Nivel educativo máximo progenitores	Educación primaria	27	12,27
	Educación secundaria	112	50,91
	Estudios universitarios	77	35,00
	NS/NC	4	1,82
	Total	220	100,00

Fuente: Elaboración propia

En relación con la elección del itinerario de especialización podemos destacar una menor presencia de personas que cursaron el itinerario de análisis y prevención del delito y también que una gran parte de la muestra no recuerda que itinerario realizó o bien no realizaron ninguno. Hay que aclarar que estos itinerarios son la forma que tiene la Universidad Pompeu Fabra de ofrecer a sus estudiantes los créditos correspondientes a las asignaturas optativas con el fin de ofrecer una especialización más concreta en una de estas tres áreas: análisis y prevención del delito, biología y psicología criminal o criminalidad y sistema penal.

Finalmente, en relación con el nivel educativo máximo entre los dos progenitores podemos decir que en general las familias de la muestra tienen un nivel educativo elevado. Un 50% de las familias tienen un nivel máximo de educación secundaria incluyendo en esta la formación profesional, y un 35% de las familias tienen un nivel máximo de estudios universitarios.

4.2. Trayectoria formativa

En relación con la trayectoria formativa de la muestra destacamos dos elementos. El primero de ellos se puede apreciar en la Tabla 5 que constituye un resumen de las actividades extras al grado de criminología que realizaron los participantes del estudio, y también de la formación máxima que han cursado o están cursando. Así pues, un 43% aproximadamente de la muestra tiene como formación máxima un máster o un posgrado aunque algunos de ellos hayan cursado

también otro grado adicional; y un 33% aproximadamente tiene o está cursando otro grado complementario a criminología. Por tanto, es solo la minoría de la muestra la que solo ha cursado el grado o como mucho han realizado también algún ciclo formativo de formación superior o algún curso de especialista. Por otra parte, es de destacar que la mayoría de la muestra, un 63%, no ha realizado ninguna actividad que se ha considerado como adicional, es decir prácticas extracurriculares, programas de movilidad o voluntariados. Mientras, que un 37% ha realizado como mínimo una de estas tres actividades.

Tabla 5. Descripción de las actividades adicionales al grado

		Frecuencia	%
Formación extra	Solo el grado	53	24,2
	Grado adicional	72	32,9
	Máster	94	42,9
	Total	218	100
Actividades extra (Voluntariado, movilidad, prácticas extracurriculares)	No ha realizado ninguna	139	63,18
	Ha realizado alguna de las tres	81	36,82
	Total	220	100

Fuente: Elaboración propia

El segundo elemento que se ha valorado se puede ver en la Tabla 6 y hace referencia al contenido de esas formaciones extra que han indicado los participantes que han realizado tanto antes, durante como después. Se han obtenido 244 referencias entre grados, cursos de especialización, máster y posgrados que se han agrupado en diferentes categorías temáticas con el fin de formar una idea sobre las trayectorias formativas. De los resultados se pueden destacar tres ideas:

- La importancia del grado en derecho, el grado en psicología y de los estudios relacionados con el trabajo social, la integración social o la educación social. No es de extrañar que sean las primeras opciones para complementar la criminología, ya que son precisamente tres de las áreas que más apoyo dan a la criminología. Es de destacar además que en la mayoría de los casos estos estudios se inician durante el grado o después, pero pocas veces antes.

- Las especializaciones más elegidas en orden serían: seguridad pública o privada, estudios relacionados con las ciencias forenses o el peritaje, la abogacía y el *compliance* (sobre todo en aquellos graduados en derecho también), ejecución penal en la comunidad, estudios de género, mediación y gestión de conflictos, criminología y sistema penal y por último ciberdelincuencia.

- Algunas de las formaciones que han trasladado los participantes y que pueden estar relacionadas con la criminología pero que son menos comunes son: relaciones internacionales, estudios sobre ONG y cooperación internacional, estudios sobre drogodependencias, estudios sobre análisis y prevención del delito y estudios de victimología.

Tabla 6. Formaciones adicionales al grado realizadas por los participantes

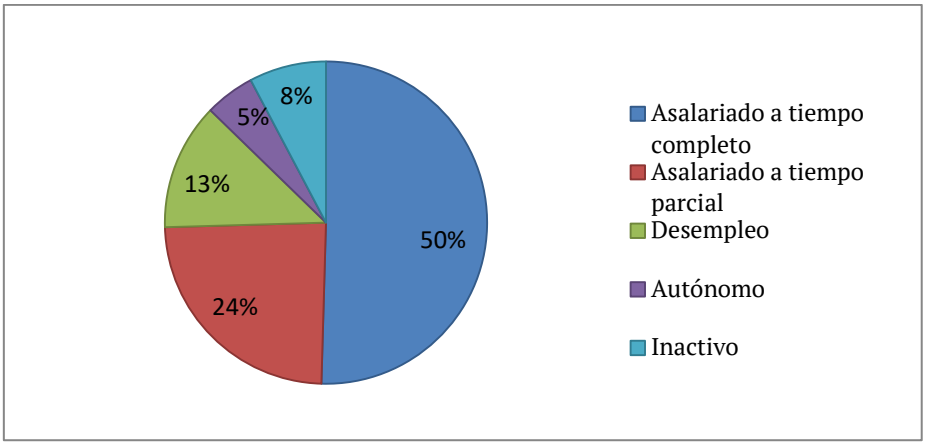
Categorías formativas	N	%
Formaciones no relacionadas con la Criminología	21	8,61
Informática	5	2,05
Grado en Derecho	58	23,77
Grado en Psicología	29	11,89
Formación en otras ciencias sociales	8	3,28
Educación social/ Integración social/ Trabajo social	15	6,15
Seguridad pública/privada	14	5,74
Máster en género	6	2,46
Máster ejecución penal en la comunidad/ Justicia restaurativa	11	4,51
CCFF/peritajes	14	5,74
Máster ciberdelincuencia	3	1,23
Máster Abogacía/ *compliance*	14	5,74
Mediación y gestión de conflictos	6	2,46
Máster en Criminología	4	1,64
Otros estudios relacionados	15	6,15
No especificado/ idiomas	21	8,61
Total	244	100

Fuente: Elaboración propia

4.3. Trayectoria profesional

En relación con la trayectoria profesional de los graduados, uno de los datos más importantes para el presente estudio es su situación laboral actual. El Gráfico 1 muestra como el 80% de la muestra se encuentra ocupada (un 50% son asalariados a tiempo completo, un 24% lo son a tiempo parcial y un 5% son autónomos). Con el fin de conocer más sobre las características de esta posición actual se ha obtenido información (Tabla 7) sobre la estabilidad del empleo y sobre su afinidad a la criminología. En lo relativo al primer dato se puede apreciar como un casi un 50% de los activos tienen una posición laboral muy estable (con contratos indefinidos), un 21% una posición laboral estable (con contratos temporales de más de un año) y un 31% una situación poco estable (con contratos temporales de menos de un año).

Gráfico 1: Situación laboral actual de los participantes



Fuente: Elaboración propia

En lo que respecta al segundo dato, se puede decir que la mitad de los participantes, exactamente un 55% de ellos, no tienen empleos afines a la criminología, y un 36% sí. En este caso es importante destacar que esta información ha sido obtenida mediante una pregunta directa a los participantes y una pequeña corrección posterior[3] que ha originado a su vez la categoría presentada como NS/NC. En ese 8% se incluyen empleos que o bien los propios participantes definieron con esa etiqueta o bien no disponemos de información suficiente para categorizar su afinidad. Son el caso, por ejemplo, de empleos descritos como "funcionariado" o "departamento legal".

Tabla 7. Descripción de la posición laboral actual de los participantes según estabilidad y afinidad

		N	%
Estabilidad de la ocupación actual	Muy estable	85	48,57
	Estable	36	20,57
	Poco estable	54	30,86
	Total	175	100
Afinidad de la ocupación actual	Sí	63	36
	No	97	55,43
	NS/NC	15	8,57
	Total	175	100

Fuente: Elaboración propia

Por otra parte, en relación con los canales de búsqueda de empleo que han utilizado los participantes para desarrollar su trayectoria profesional (Tabla 8) podemos destacar el alto uso de canales relacionados con las nuevas tecnologías como las redes sociales o los portales online. También se han visto muy influyentes los contactos personales o el clásico envío del CV en contraposición a la autocandidatura.

Tabla 8. Canales de búsqueda de empleo utilizados por los participantes

Canales de búsqueda de empleo	N	%
Contactos personales (familia, amigos)	74	14,07
Contactos realizados en las prácticas, voluntariados y otros	46	8,75
Redes sociales (ej. LinkedIn)	100	19,01
Servicios de orientación laboral de la administración, la universidad o privados (ej. ETTS)	45	8,56
Portales online de búsqueda de empleo (ej. Infojobs, Hacesfalta)	113	21,48
Autocandidatura	47	8,94
Envío del CV como respuesta a una oferta	89	16,92
Otros	12	2,28
Total	526	100

Fuente: Elaboración propia

[3] La corrección se aplicó ya que cabía la posibilidad de que los participantes indicaran que su empleo estaba relacionado con la criminología y de hecho lo estuviera pero que lo estén realizando por otra formación y que sea imposible de acceder desde la vertiente criminológica. Es el caso por ejemplo, del ejercicio de la abogacía o de empleos relacionados con la psicología forense.

Finalmente, se ha obtenido información de los empleos que los participantes han realizado después de la obtención del título. Concretamente su primer empleo posterior a la graduación, su segundo empleo y la posición actual. En base a estos tres momentos temporales se han obtenido 387 posiciones laborales que se han agrupado por categorías profesionales y que se encuentran presentadas en la Tabla 9. Además, se puede ver qué categorías se han considerado afines o no llegando por tanto a que un 67% de las 387 ocupaciones no son afines al grado de criminología y un 25% sí. Dentro de ese 25% encontramos empleos como la investigación, posiciones relacionadas con el análisis de datos de ciberdelincuencia, la ejecución de medidas penales alternativas y posiciones relacionadas con las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

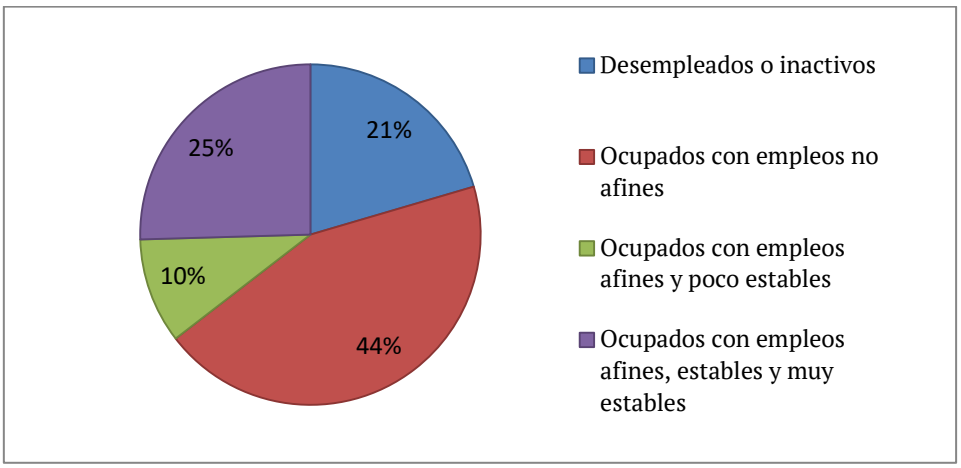
Tabla 9. Descripción de las posiciones laborales ocupadas por los participantes(actual+ primer+ segundo empleo)

Ocupaciones	Afinidad	N	%
Hostelería	No	24	6,20
Administrativo/a/ Recepcionista	No	40	10,34
Atención al cliente/ teleoperador/ comercial	No	67	17,31
Investigación	Si	21	5,43
Analista (Internet, fraude, inteligencia)	Si	16	4,13
Abogacía/ Notaría/ Procurador	No	23	5,94
Departamento Legal	NS/NC	9	2,33
Compliance	Si	4	1,03
Ejecución MPA	Si	9	2,33
Departamento justicia	Si	4	1,03
Mediación	Si	3	0,78
Atención víctimas	Si	2	0,52
Loss prevention/ Brand protection/ PRL	Si	7	1,81
Técnico Seguridad Privada	Si	6	1,55
FFCCSS	Si	9	2,33
Docencia universitaria	Si	5	1,29
Técnico (Gestión, SIAD, UD Medio abierto, C. Terapéutica)	Si	8	2,07
Monitor ocio	No	34	8,79
Inserción colectivos riesgo exclusión	Si	3	0,78
Funcionariado	NS/NC	5	1,29
Aseguradoras	No	6	1,55
Informática	No	5	1,29
Operario	No	8	2,07
Educador/a social	No	3	0,78
Vigilante de Seguridad	No	2	0,52
Recursos Humanos	No	10	2,58
Gestión de deudas	No	4	1,03
Otros ambiguos	NS/NC	18	4,65
Otros no relacionados	No	32	8,27
Total		387	100,00

Fuente: Elaboración propia

La distribución del índice sintético "Trayectoria profesional" se puede ver en el Gráfico 2. Casi un 45% de los participantes se sitúa en la categoría de ocupados con empleos no afines, seguido de un 25% que se sitúa en la de ocupados con empleos afines estables y muy estables. Por tanto, aunque la mayoría de los participantes no realizan tareas relacionadas con la criminología, la gran parte de los que sí las realizan lo hacen con una buena estabilidad laboral.

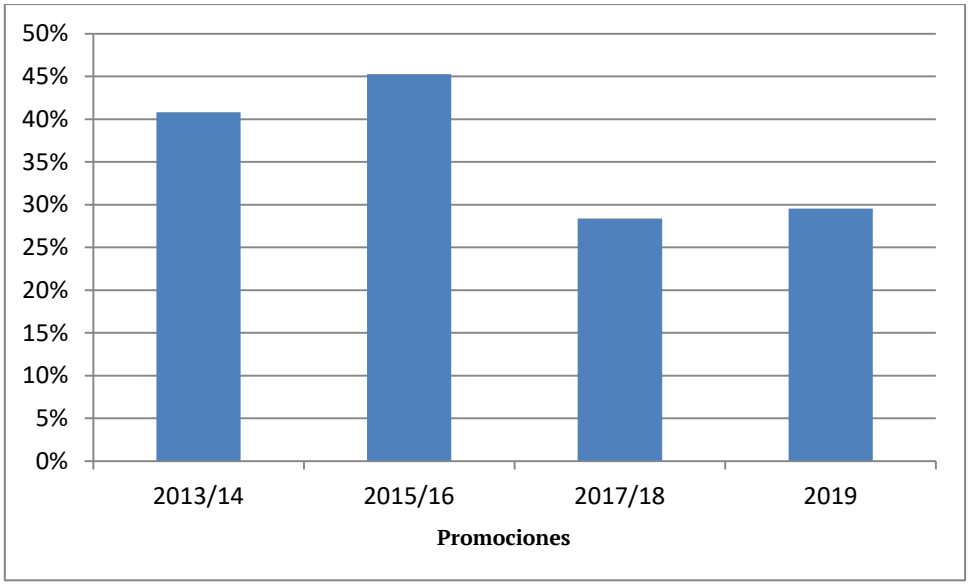
Gráfico 2: Trayectoria profesional de los graduados según afinidad y estabilidad.



Fuente: Elaboración propia.

Además, como es lógico la inserción profesional mejora con el tiempo, por tanto y en relación con el Gráfico 3 las promociones más antiguas tienen entre un 41-45% de los graduados ocupados en empleos afines a la Criminología mientras que las más recientes tienen proporciones más bajas (alrededor de un 30%).

Gráfico 3: Proporción de graduados ocupados con empleos afines (estables y no estables) según año de finalización.



Fuente: Elaboración propia.

4.4. Factores determinantes de la trayectoria profesional

Tras haber descrito las trayectorias formativas y profesionales de los criminólogos de la UPF, nos proponemos por último analizar qué relación existe entre ambas trayectorias y, de forma más general, qué factores están asociados con el éxito profesional (entendido como haber alcanzado una trayectoria estable y afín al grado). Como se puede ver en las siguientes tablas, las únicas variables que presentan una relación estadísticamente significativa a un nivel de confianza del 95% y que por tanto parece que pueden influir en tener una trayectoria exitosa es el hecho de haber realizado alguna actividad extra (voluntariado, prácticas extracurriculares o programas de movilidad) y el hecho de haber realizado alguna formación complementaria. Mientras que un 18% de los que no realizó ninguna actividad adicional durante sus estudios tienen ahora un empleo estable y afín, este porcentaje se incrementa hasta un 37% para aquellos que hicieron como mínimo una de estas actividades (Tabla 10). Esta relación es robusta, ya que incluso si controlamos por el tiempo transcurrido desde la finalización de los estudios (mediante un modelo de regresión logística que no se ha presentado aquí) la importancia de las actividades adicionales se mantiene incrementando por tres las probabilidades de tener éxito en la inserción laboral.

Podríamos estar ante un efecto selección, es decir, que aquellos estudiantes que ya mostraban una mayor motivación e inquietud durante su formación fueran también aquellos con una mejor trayectoria profesional. Pero también podría ser que estas prácticas extracurriculares, la experiencia internacional y el voluntariado hayan dado lugar a una oportunidad concreta de ocupación o hayan permitido establecer contactos valiosos en una etapa profesional muy inicial.

Tabla 10. Relación entre trayectoria profesional y realización de actividades extra

Realización de actividades extra	Trayectoria profesional según afinidad y estabilidad				
	Desempleados o inactivos	Ocupados con empleos no afines	Ocupados con empleos afines poco estables	Ocupados con empleos afines estables y muy estables	Total
No ha realizado ninguna	23,74	49,64	7,91	18,71	100
Ha realizado alguna de las tres	14,81	34,57	13,58	37,04	100
Total (n=220)	20,45	44,09	10	25,45	100

Chi-2: 13,0304; P-value: 0,005

Fuente: Elaboración propia

En relación con la segunda variable que tiene influencia en la trayectoria profesional, se puede ver que un 34% de los que cursaron un máster o un posgrado consiguieron un empleo estable y afín al grado, y un 44% un empleo afín sea estable o no (Tabla 11). Estos porcentajes de inserción al mercado laboral son menores para aquellos que solo tienen el grado y aún menores para aquellos que han completado su formación con otro grado. En este caso, es probable que la razón se encuentre en el hecho de que no han acabado estos segundos estudios aún y no están plenamente activos en el marcado laboral (es el grupo con un porcentaje más alto en la categoría de desempleados e inactivos) o bien que su inserción laboral sea exitosa en otro mercado laboral relacionado con la otra disciplina estudiada (tienen un porcentaje bastante alto en la categoría de ocupados en trabajos no afines).

Tabla 11. Relación entre trayectoria profesional y formación extra

Formación extra	Trayectoria profesional según afinidad y estabilidad				
	Desempleados o inactivos	Ocupados con empleos no afines	Ocupados con empleos afines poco estables	Ocupados con empleos afines estables y muy estables	Total
Ninguno	16,67	53,70	5,56	24,07	100
Grado	28,17	47,89	8,45	15,49	100
Máster	16,84	35,79	13,68	33,68	100
Total (n=220)	20,45	44,09	10,00	25,45	100

Chi-2: 13,7619 P-value: 0,032

Fuente: Elaboración propia

Por último, es interesante destacar que las trayectorias profesionales de los hombres y de las mujeres no son diferentes entre sí y que la nota del expediente académico durante los estudios (es decir, el rendimiento del estudiante) no son buenos predictores por sí mismo del éxito de la trayectoria profesional posterior (Tablas 12 y 13). En ambos casos, la relación entre las variables no es estadísticamente significativa (Valor P> 0.005). Aunque los resultados no se muestran aquí, tampoco el nivel educativo de los progenitores, indicador del origen social de los graduados, parece estar asociado a un mayor éxito de inserción profesional, por lo menos en la etapa inicial, que es la que observamos y analizamos en este estudio.

Tabla 12: Relación entre trayectoria profesional y nota del expediente

Nota del expediente	Trayectoria profesional según afinidad y estabilidad				
	Desempleados o inactivos	Ocupados con empleos no afines	Ocupados con empleos afines poco estables	Ocupados con empleos afines estables y muy estables	Total
Excelente	11,11	44,44	22,22	22,22	100
Notable	11,11	44,44	11,11	33,33	100
Aprobado	23,26	43,02	9,30	24,42	100
Total (n=217)	20,74	44,32	10,14	25,81	100

Chi-2: 4,9655 P-value: 0,548

Fuente: Elaboración propia

Tabla 13. Relación entre trayectoria profesional y género

Género	Trayectoria profesional según afinidad y estabilidad				
	Desempleados o inactivos	Ocupados con empleos no afines	Ocupados con empleos afines poco estables	Ocupados con empleos afines estables y muy estables	Total
Mujer	20,63	44,38	10,63	24,38	100
Hombre	18,18	43,64	7,27	30,91	100
No binario	40,00	40,00	20,00	0,00	100
Total (n=220)	20,45	44,09	10,00	25,45	100

Chi-2: 4,0599 P-value: 0,669

Fuente: Elaboración propia

5. Conclusiones

El objetivo de este proyecto era conocer la inserción profesional de todos los graduados en Criminología y Políticas Públicas de Prevención de la Universidad Pompeu Fabra. Persiguiendo este objetivo se ha elaborado y distribuido una encuesta propia que después de un mes de trabajo de campo ha contado con un total de 220 respuestas suponiendo así una tasa de respuesta del 47%.

El análisis de los datos de la muestra ha puesto de manifiesto que la mayoría de los graduados están ocupados (un 75%) aunque la mitad de estos lo hacen en empleos que se han considerado no afines al grado. A pesar de ello, se identifica un grupo privilegiado, que representa el 25% del total de los graduados, que desarrollan empleos estables y afines al grado. Este dato es remarcable, ya que la mayoría se encuentran aún en una fase muy inicial de su carrera profesional, los graduados más antiguos lo hicieron hace 7 años. Esta misma realidad se ha visto repetida al analizar tanto el empleo actual como el primer y segundo empleo después del grado. También es de destacar que, independientemente de la afinidad del empleo, la mayoría pueden ser considerados puestos de trabajo estables ya sea porque tienen contratos indefinidos o porque se han estado realizando durante un periodo superior a un año. De entre las ocupaciones afines al grado destacan por su alta prevalencia la investigación, el análisis de datos (por ejemplo, de ciberdelincuencia), la ejecución de medidas penales alternativas y las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

Si comparamos estos resultados con los obtenidos por los estudios de la AQU (2017) y de ANDACRIM-OIPCC (ANDACRIM, 2019) vemos que son más optimistas. Supera el 16% de ocupados en posiciones afines como valor máximo presentado por al AQU en sus tres periodos de estudio, y también supera el 30% de ocupados en posiciones relacionadas (sin contemplar estabilidad) presentado por la encuesta de ANADACRIM-OPICC (ANDACRIM, 2019).

Tratando de encontrar qué variables pueden estar relacionadas con una trayectoria profesional exitosa dentro del ámbito de la criminología se ha visto que ni el género, ni el nivel educativo de los padres ni la nota del expediente tienen influencia. En cambio, el hecho de realizar actividades extras durante el grado como podrían ser voluntariados, prácticas extracurriculares o programas de movilidad multiplica por 3 las opciones de una buena inserción profesional (estable y afín al grado). Esta misma relación positiva y significativa se ha encontrado con el hecho de cursar una formación complementaria sobre todo si se trata de un máster o una especialización técnica. El máster es la forma de dar continuidad a los estudios más frecuente según los datos de esta encuesta, pero también por los presentados por la AQU en sus ediciones de 2011-2014-2017.

Es evidente que para que sea útil esta formación complementaria tiene que estar relacionada con la criminología. Se ha visto que es bastante común que los graduados que deciden complementar la criminología con otras especializaciones acaben encontrando empleo, pero relacionado con ese nuevo rumbo profesional. De entre las formaciones complementarias más comunes destacamos el grado en derecho y en psicología, los estudios relacionados con la educación social/ integración social/ trabajo social, máster relacionados con la seguridad pública o privada, el género, las ciencias forenses, la abogacía y el *compliance*, la mediación, la ejecución penal en la comunidad, el sistema penal o la ciberdelincuencia.

Finalmente, destacamos la relevancia del proyecto presentado y sus resultados. Se inició como un proyecto ambicioso que pretendía dar respuesta a un problema que no acaba de encontrar solución. Conocer la realidad de cómo se está moviendo el mercado laboral del criminólogo es imprescindible para poder dar consejo a las nuevas generaciones, implementar un mejor plan de estudios y unas mejores estrategias de mentoría profesional para los estudiantes, pero también para los egresados que en la Universidad Pompeu Fabra siguen formando parte bajo el colectivo *Alumni*. El cuestionario y el posterior análisis han conseguido obtener resultados más positivos de lo esperado y unas conclusiones muy claras que pueden ser fácilmente trasladables a los alumnos. Salvo algunas modificaciones que puedan hacerlo aún más eficiente se puede erguir como un proyecto que podría ser replicado en el tiempo para abarcar nuevas generaciones de la misma universidad o con las adaptaciones correctas a nuevas universidades o latitudes.

6. Bibliografía

AQU (2017). *Inserció laboral dels graduats universitaris en Criminologia.* Agencia de Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya. Recuperado de: https://bit.ly/32sreqX.

ANDACRIM (2019). *Estudio longitudinal sobre la trayectoria profesional de los graduados y graduadas en Criminología en Andalucía y Cataluña.* Asociación Andaluza de Criminólogos y Observatorio de Inserción Profesional de Criminología de Cataluña. Recuperado de: https://bit.ly/32paVLz.

Sheila GONZÁLEZ y Félix VALLE (2020). "Educación superior y empleo: ¿cuestión de méritos o de contactos?", *Agenda pública: El País*, 8 de julio. Recuperado de: https://bit.ly/39aiYgv.

UNIVERSITAT POMPEU FABRA (2018). Enquesta de satisfacció dels graduats UPF en Criminologia. Recuperado de: https://bit.ly/2WtXwxM.

InDret
3.2020

Alberto Ruiz Ojeda
Universidad de Málaga

Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC.

(A propósito de la jurisprudencia Pringle-Gauweiler-Weiss del TJUE)

Sumario

-

En este trabajo se abordan algunas de las cuestiones que suscitan los programas de compra de deuda soberana de los países de la Eurozona por el BCE/SEBC desde la perspectiva de la teoría monetaria y político-constitucional. La línea jurisprudencial configurada por el TJUE en las Sentencias de los casos Pringle, Gauweiler y Weiss viene a consagrar una verdadera mutación constitucional en el seno de la UE, con sus ineludibles y bien conocidas secuelas en el marco constitucional de los Estados miembros. Se emplea en parte el enfoque de la teoría de juegos para llamar la atención sobre la impostura que supone la monetización de los déficits públicos de la Eurozona, que altera por completo la definición organizativa y competencial del BCE/SEBC, su independencia de los Gobiernos y la separación entre la política monetaria, por un lado, y la política económica/fiscal, por otro. Una respuesta jurisprudencial tan claramente alineada con los requerimientos decisionales supuestamente exigidos por la crisis de la moneda única abona el camino hacia medidas cada vez más incompatibles con la idea fundacional de la UE. Se sugiere, a modo de conclusión provisional, que más que la hiperactividad regulatoria materializada en la así llamada política monetaria acomodaticia, el funcionamiento de los mercados, incluida la reestructuración de deuda soberana, proporcionaría las herramientas institucionales adecuadas para disciplinar el comportamiento fiscal de los Estados miembros.

Abstract

-

This paper tackles both from the monetary policy perspective and the political and constitutional ones, some of the issues involved with the ECB/ESCB programs of public debt purchases in Eurozone bond markets. The ECJ doctrine settled by the Pringle, Gauweiler and Weiss decisions enshrines a constitutional mutation within the EU with inevitable side-effects for the member States' constitutional shaping. Game theory is partially applied to highlight the distortion disguised in the Eurozone's public deficit monetization which alters the original ECE/ESCB mission and powers, its independence from national Governments and the separation between monetary, on one side, and fiscal-economic policy, on the other. A case-law response so clearly aligned with the prompt reaction to the Single Currency crisis paves the way to convert exceptional measures into a day-to-day component of the ECB/ESCB toolkit, as it has effectively happened. The author upholds that, instead of a regulatory hyperactivity through the so-called accommodative monetary policy, markets mechanisms, public debt-restructuring included, provide with the institutional ability to discipline member States fiscal behavior

Title: *Public deficit monetization and sovereign debt purchase by the ECB/ESCB. (On the occasion of the ECJ Pringle-Gauweiler-Weiss case-law)*

-

Palabras clave: Déficit público, compra de deuda soberana, política monetaria, política fiscal, perfil constitucional del BCE/SEBC
Keywords: Public deficit, sovereign debt purchase, monetary policy, fiscal policy, ECB/ESCB constitutional regime
DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.12

InDret

3.2020

Recepción
02/07/2019
-
Aceptación
24/10/2019
-

Índice

-

1. Introducción: todo el poder a los reguladores bancarios (el TJUE, en el ojo del huracán de la crisis de la Moneda Única)

2. Los Programas de compra de deuda soberana en mercados secundarios por el BCE/SEBC: prolegómenos conceptuales y marco normativo-institucional

2.1. El dinero, moneda y deuda/crédito: breves consideraciones sobre lo semiótico-representativo en relación con el valor

2.2. El dinero es creado de la nada por los bancos comerciales (al dar crédito a particulares y empresas) y por los Bancos Centrales (al recibir reservas de los bancos comerciales)

2.3. La creación de dinero por el sistema bancario mediante la compra de deuda pública por los Bancos Centrales

3. La polaridad entre Bancos Centrales y Gobiernos: política monetaria y política económica/fiscal

3.1. Sentido, construcción y ruptura de un equilibrio: breve incursión en la teoría de juegos

3.2. El BCE/SEBC, la UE y los Estados miembros contra los mercados: ruptura de una polaridad constitucionalmente consagrada

3.3. Breve apunte: ¿por qué no un mecanismo paneuropeo de mercado para reestructuraciones de deuda soberana?

4. Glosas de la jurisprudencia Pringle-Gauweiler-Weiss del TJUE

4.1. Los instrumentos intergubernamentales o extracomunitarios (MEEF/MEDE) y la reforma del art. 136 TFUE: la Sentencia Pringle

4.2. Anuncio del primer programa de compra de deuda soberana por el BCE/SEBC: la Sentencia Gauweiler

4.3. La ejecución y ampliación de los programas de compra de deuda soberana y confirmación de Pringle y Gauweiler: la Sentencia Weiss

4.4. Razones y contra-razones de una asimetría indispensable

5. Recapitulación final y la metáfora del caballo muerto

6. Bibliografía

-

"Las primas de riesgo de la deuda estatal reflejan no solo el riesgo de insolvencia de algunos países, sino también un riesgo del tipo de cambio, que en una Unión Monetaria no se puede producir teóricamente".
JÖRG ASMUSSEN, miembro del Comité Ejecutivo del BCE
(Septiembre 2012)

"This is not the kind of money you can run out"
DICK FULD, *The last days of Lehman Brothers*
(Septiembre 2009)

1. Introducción: todo el poder a los reguladores bancarios (el TJUE, en el ojo del huracán de la crisis de la moneda única)*

El relevo al frente del BCE ya vino precedido, acompañado y seguido[1] por una larga serie de anuncios y contra-anuncios en torno a los programas de compra en mercados secundarios de deuda pública de los Estados de la Eurozona. Dicho relevo vino a coincidir con el vigésimo aniversario de la moneda única[2], al que se añade una coincidencia temporal más, la Sentencia del TJUE, recaída en el Asunto Heinrich Weiss, que vino a confirmar las líneas argumentales empleadas por el Tribunal en, al menos, dos precedentes. El debate sobre cuyo núcleo pretendo discurrir ahora se ha exacerbado con la crisis desencadenada por la emergencia del Covid-19[3]. Por si esto fuera poco, la reciente Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemán-BVG), de 5 de mayo de 2020[4], no solo ha echado más leña al fuego, sino más propelente, en un tiro por elevación que sitúa la cuestión en el nivel que le corresponde y

---

* Autor de contacto: Alberto Ruiz Ojeda, alruiz@uma.es. Jean Monnet Module "Regulation and Regulated Sectors within the European Integration Process" (Ref.: 2008-2686). Este artículo se basa en una versión preliminar presentada como Comunicación en el X Conferencia Anual de la Asociación Española de Derecho y Economía (AEDE), celebrada en Oporto los días 27 y 28 de junio de 2019. Con especial agradecimiento y la habitual exención de toda responsabilidad a quienes han tenido la paciencia de leer un borrador de este trabajo y formular sugerencias: Juan Mora Sanguinetti, Marta Franch i Saguer, Rubén Manso Olivar, Mercè Darnaculleta i Gardella, Antonio Estella de Noriega, Marian Salvador Armendáriz, José Manuel Domínguez Martínez, Antonio Jiménez-Blanco, Juan Enrique Castañeda Fernández, José María López Jiménez y Jorge García-Andrade. Se han incorporado las observaciones de los evaluadores externos de la Revista, a quienes expreso también mi gratitud.

[1] La decisión de cesación del Programa de compra de activos se dio a conocer públicamente mediante la Nota de Prensa del BCE 13 de diciembre de 2018 (disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.mp181213.es.html), la de continuación en la Nota de Prensa del 7 de marzo de 2019 (disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ecb.mp190307~7d8a9d2665.es.html).

[2] Me permito destacar las consideraciones que hace sobre esta efemérides CABRILLO RODRÍGUEZ (2019). Como bien explica CABRILLO, debe considerarse como *dies a quo* el 1 de enero de 1999, fecha en que entraron en vigor de manera irrevocable los tipos de cambio de las divisas de los países que aceptaron el euro como moneda común. El propio Presidente del BCE ofrecía también hace poco una muy interesante recapitulación de las medidas de política monetaria, con ocasión del vigésimo aniversario del euro: cfr. DRAGHI (2019).

[3] I. SCHNABEL (2020), miembro del Executive Board del BCE, anticipó en buena medida el relanzamiento de la política de compra de activos antes de que se declarase formalmente la pandemia y la que expuso con acierto los puntos de discrepancia que muy poco después quedaron plenamente patentes con la Sentencia del BVG: me refiero a su discurso del pasado 11 de febrero ante la Juristische Studiengesellschaft de Karlsruhe, ciudad donde tiene su sede el BVG.

[4] La Sentencia está disponible en alemán en el siguiente vínculo: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.pdf?__blob=publicationFile&v=7. Puede encontrarse una traducción al inglés (no oficial) en este otro: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

que, a mi juicio, es el constitucional, tanto de los Estados miembros como de la misma UE. Había pensado, en suma, que se ponía por delante una ocasión propicia para compartir algunas reflexiones de orden general al hilo de los pronunciamientos del TJUE si bien, por elementales consideraciones de moderación expositiva, dejaré para una ocasión posterior el análisis de las principales consecuencias de esta última Sentencia del BVG[5], a las que aquí solo me referiré de pasada. En definitiva, mi intención es la de aportar algo de discernimiento sobre la posición total alcanzada por el BCE/SEBC en el mercado de deuda pública que, a finales del mes de mayo de 2020, ha llegado a la astronómica cifra de 280.000 millones de euros[6]. Todo esto identifica, como bien se ha señalado[7], bastantes de las claves de un debate fundamental del que, como digo, solo me ocuparé parcialmente.

A la vista de la más que posible consolidación de estas medidas en respuesta a los desastrosos efectos de la pandemia, se trataría de volver a plantear su supuesta disconformidad con el Derecho primario de la UE y la consiguiente necesidad de una reforma de los Tratados que, a su vez, requeriría un consenso político que, hoy por hoy, a cualquiera se le antoja inalcanzable. Esto comporta preguntarse si el respaldo del TJUE a los programas de compra de deuda soberana ha conseguido evitar el fracaso irreversible de la moneda única y, con ella, de la propia UE, o bien se ha limitado a retrasarlo. Para esto, habría que calibrar si los argumentos empleados por el TJUE en cuanto al fondo de la cuestión son aceptables en términos técnicos, tanto jurídicos como económicos, tarea que el propio TJUE ha facilitado notablemente al exponer con claridad conceptos complejos y difíciles de entender. No es exagerado pensar que el TJUE ha sido un agente destacado de la auténtica *mutación constitucional*[8] con la que la UE respondió a la *Gran Recesión*, bien que mediante portentosos ejercicios de *gimnasia conceptual*[9]. Pero tampoco querría ocultar mi impresión de que los pronunciamientos del TJUE a los que me voy a referir aquí, que sientan jurisprudencia, tienen una consecuencia dura e inevitable: la actuación policial de los reguladores monetarios ha sustituido a la política, lo cual equivale a decir que la decisión de los reguladores es, por sí misma, ley. La policía monetaria, como toda forma de policía, consiste en "la expedición apresurada de los negocios que urgen, por vía de autoridad, sin debate"[10]; la política monetaria en la Eurozona ha sido durante el último decenio una sucesión de espasmos frente a la zozobra inminente de la moneda única. La cuestión podría ser si debemos aceptar que los *faits accomplis* se conviertan en norma. Si contestamos afirmativamente, los reguladores bancarios serían los nuevos *soviets* que, en una reedición de la proclama bolchevique, han exigido y obtenido todo el poder. Habríamos virado entonces hacia el más puro *decisionismo*, que convierte al marco constitucional –de la UE y de sus Estados miembros- en una mera profilaxis de los estados de emergencia[11] que, en lo que toca a las competencias del BCE/SEBC, conllevaría una apelación a la *técnica desnuda* para superar los condicionantes jurídicos de la realidad: *necessitas non habet legem*. En definitiva, nos hemos retranqueado un siglo para revivir la trascendental polémica entre H. KELSEN, por un lado, y C. SCHMITT y R. SMEND, por otro: ¿qué tiene prioridad, la integración en el cuerpo político o la

[5] Debo limitarme a citar unos pocos de los muchos trabajos ya publicados (puede vaticinarse una auténtica avalancha en los próximos meses) sobre la Sentencia; me gustaría destacar los de SORIANO GARCÍA (2020), JIMÉNEZ BLANCO (2020) MANGAS MARTÍN (2020), CAPITANT (2020), ROCA FERNÁNDEZ (2020), SOMMA (2020), FERRARI ZUMBINI (2020) y CHESSA (2020).

[6] Información disponible en el siguiente vínculo: https://www.bankiaestudios.com/recursos/doc/estudios/20200601/junio/monitor-del-bce-030620.pdf.

[7] Considero particularmente ilustrativo el encuadre que ofrece, en términos de legitimidad constitucional y administrativa, JIMÉNEZ BLANCO (2014). Aconsejaría también, entre otros, el de DARNACULLETA I GARDELLA y LEÑERO BOHÓRQUEZ (2014, p. 194), donde se refieren al abuso de la "expertocracia".

[8] Me ha gustado este modismo empleado por TUORI y TUORI (2014, pp. 119 y ss.).

[9] Tomo la expresión de TOMKIN (2013, pp. 169-190).

[10] VILLAR PALASÍ (2018, p. 56).

[11] CARRILLO DONAIRE (2012) se refiere a la "normalización del derecho de excepción".

coexistencia asimétrica mediante procedimientos? ¿Acaso la democracia no es más que una ficción, una mascarada?[12].

La mencionada Sentencia del TJUE, de 11 de diciembre de 2018, recaída en el Asunto C-493/17, Heinrich Weiss y otros, constituye una baliza jurisprudencial muy relevante, no tanto por los argumentos que contiene sino por la confirmación de los ya empleados anteriormente. Las respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas se alinean sin ambages con dos pronunciamientos que le precedieron sobre cuestiones análogas e íntimamente conexas, las Sentencias de los casos Pringle (de 27 de noviembre de 2012, Asunto C-370/12) y Gauweiler (de 16 de junio de 2015, Asunto C-62/14).

De este modo, el TJUE se ha pronunciado en relación con todo el arco de medidas de respuesta a la crisis de la Eurozona, desde los mecanismos externos a la propia UE, de carácter intergubernamental, para la asistencia financiera a los Estados miembros y a sus entidades de crédito, hasta los programas de compra de deuda pública por parte del BCE/SEBC. Para llevar un cierto orden discursivo, será preciso exponer primero con brevedad el contexto, contenido, sentido y alcance de los citados programas de compra, de los problemas de encaje en el Derecho primario de la UE y de las pretendidas disconformidades de estos programas con la estructura organizativa y competencial de las instancias de la UE, junto con su relación con los mecanismos de estabilidad mencionados; pero esto requiere algunas explicaciones preliminares sobre el dinero, la moneda y el crédito (y, por tanto, la deuda, sea o no pública) y el papel esencial de lo semiótico-representativo, que ofrezco en un parco subepígrafe. Me detendré posteriormente en el análisis de una de las pilastras de la UE, la polaridad entre el BCE/SEBC, por un lado, y los Estados miembros y la propia UE, por otro, que, como sostengo, son reflejo de la segregación constitutiva de la política monetaria y de la política fiscal/económica. A continuación haré, para cada una de las tres Sentencias mencionadas, un resumen de los casos, del entramado contradictorio de los argumentos de las partes y de las soluciones aportadas por el TJUE. Para terminar, sugeriré algunas de las consecuencias a las que llevaría este itinerario de consagración monetaria de la deuda pública, no solo en relación con las cuestiones suscitadas por los litigios resueltos, sino también respecto de otras guías maestras de la arquitectura del euro.

Con la intención de dar a este estudio un alcance razonable, dejo sin abordar -o, como mucho, quedarán solo apuntadas- gran parte de las derivaciones que presentan los programas de compra de deuda soberana, tanto en la actividad económica real como en el ámbito del rico debate teórico que se ha suscitado[13]. No me ocuparé de otras vertientes de la intervención del BCE/SEBC a través de programas de compra de activos, concretamente de títulos de deuda del sector privado.

[12] Una reseña brillante del debate KELSEN-SCHMITT puede encontrarse en TAJADURA TEJADA y DE MIGUEL BÁRCENA (2018, especialmente, pp. 282-283); para la controversia entre KELSEN y SMEND, véase KELSEN (1997).

[13] Una de las discusiones más encendidas, tal vez sea la suscitada con ocasión de la denominada Teoría Monetaria Moderna (TMM); me ha parecido un análisis certero, a la vez que asequible para no especialistas y con una orientación crítica, el de RALLO JULIÁN (2017).

2. Los programas de compra de deuda soberana en mercados secundarios por el BCE/SEBC: prolegómenos conceptuales y marco normativo-institucional

2.1. El dinero, moneda y deuda/crédito: breves consideraciones sobre lo semiótico-representativo en relación con el valor

El lenguaje y la técnica contables distinguen entre *partidas monetarias* y *no monetarias*. Estas últimas registran contablemente la titularidad de bienes, derechos y recursos, tangibles (materiales) o intangibles (inmateriales), que sirven de soporte a una actividad económica: por ejemplo, la maquinaria para fabricar pan (material) o una patente (inmaterial). Las partidas monetarias, de activo o de pasivo, recogen contablemente el derecho o la obligación de percibir o de pagar a otro una cantidad de dinero. El dinero es un tipo de activo financiero (para el obligado al pago, un pasivo financiero), o sea, una deuda y, por tanto, tiempo, en el sentido de diferimiento de un capital presente hacia el futuro basado en la confianza en la obtención de algo cuyo valor es medido en determinadas unidades de cuenta o unidades monetarias. Quien tiene dinero tiene tiempo, en el sentido de que ha adquirido algo que le permite obtener en el futuro una serie más o menos amplia de utilidades –en forma de bienes y servicios- de otro u otros que, cuando sean percibidas de manera efectiva, serán intercambiadas por el dinero. Así pues, cuando decimos que tenemos dinero, nos referimos a que alguien nos debe una cantidad determinada de unidades de cuenta que son convertibles –equivalentes- en cierta cantidad y calidad de bienes y servicios. Cualquier deuda puede ser dinero siempre que se cumplan dos condiciones básicas: que venga expresada o pueda ser expresada en unidades de cuenta y que sea aceptada en un ámbito grupal, más o menos amplio, de relaciones económicas como instrumento de cambio para la obtención de bienes y servicios. Resulta crítico entender esto porque el dinero no es tanto -aunque lo sea- aquello que el dinero hace o permite hacer (perspectiva funcional) sino, ante todo y en un sentido plenamente causal, aquello que el dinero significa (perspectiva simbólica): *money is (and makes) what money means*.

El valor es algo tan fundamental como difícilmente aprehensible, de ahí la necesidad de echar mano de algo que lo signifique. Pero, en este caso, la relación entre el significante (signo) y el significado es una relación performativa, no solo representativa: el valor es causado y no meramente significado por el signo. El dinero, en tanto que signo de valor, lo genera, lo representa o instrumenta, lo aprehende y, en consecuencia, lo hace transmisible e intercambiable, al tiempo que lo preserva y permite reservarlo para un futuro, es decir, proyectarlo en el tiempo. Así se explican las tres funciones tradicionalmente atribuidas al dinero, a las que muy pronto nos referimos. Pero, para hacer posible la creación de valor, el signo monetario debe también representar la destrucción de valor; cobra así pleno sentido, en el contexto del dinero, la idea schumpeteriana de la destrucción creativa[14]: el valor no puede progresar, crecer, sin mostrar y hacer efectiva la pérdida de valor mediante correcciones consistentes en la patencia del fracaso. La prohibición de financiación de los Estados miembros por el BCE/SEBC, también mediante la compra de deuda soberana, junto con el mecanismo de mercado para la reestructuración de esta, hacen posible la aplicación destructiva/creativa del signo monetario.

Podríamos también denominar este modo de visionar el dinero como la *perspectiva sacramental*: el dinero produce los efectos que le son propios solo cuando es un signo eficaz para causarlos, o sea, el dinero es dinero y hace aquello que el dinero hace en tanto en cuanto significa tales efectos y, al significarlos, los causa y, precisamente porque los causa, los significa (*moneta significando efficiunt*, podríamos decir). Este curioso enfoque concomitante sería un trasunto de

[14] Cfr. SCHUMPETER (1975, pp. 82-85).

la definición teológica de sacramento: signo sensible que realiza, en cuanto causa, el efecto que significa[15]. El whisky contiene un 98% de agua, pero el whisky, aunque sea de la mejor calidad, no es un signo apto para el bautismo, ya que el efecto propio de este sacramento es *lavar* a quien lo recibe de la mancha del pecado y el *común de las personas* no usa el whisky para lavarse, sino para otros menesteres. Así pues, como el whisky no significa el efecto de lavar, no puede producir el efecto propio del sacramento del bautismo, que es lavar y, precisamente porque el whisky no lava, no significa la acción y efecto de lavar. El agua, empleada común y generalmente para lavar, produce, en cuanto signo, el efecto sacramental de lavar la mácula del pecado y, en cuanto que lo hace, lo significa.

Se habrán percatado de que he introducido un factor nuevo al referirme al *común de las personas*, y con esto no solo me refiero a la aceptación generalizada del signo y de su significado sino, además, al uso también generalizado del signo con ese significado y efectos. Así pues, el dinero es dinero porque consiste en un signo que es empleado en un grupo o comunidad para producir los efectos del dinero. Cuando el dinero pierde su significado como tal –o se debilita-, deja de cumplir –o comienza a dejar de cumplir- las funciones propias del dinero. El componente del consenso, plasmado en la aceptación y en el uso generalizado de cualquier cosa tiene como sustento algo crucial en todo signo: la confianza[16] o, lo que es lo mismo, una relación social de crédito y deuda[17]. Resulta fundamental entender que el dinero es dinero porque constituye un signo *eficaz en un contexto grupal para causar sus efectos*; es decir, solo en el seno de una comunidad –más o menos amplia- de usuarios/aceptantes puede un activo financiero convertirse en dinero. El dinero, como todo *signum demonstrativum*, es fruto de una representación ejercida, producida y admitida en un grupo humano, y esa representación es actuada, hecha efectiva, grupalmente. La dinámica de los signos es representativa porque la representación genera el signo, lo modifica y, en su caso, lo vacía, esto es, le hace perder vigencia. Pero también porque los actos y hechos en que consiste la representación generan sus efectos propios: cada vez que pago con dinero represento un signo, lo hago efectivo, extingo una deuda que, simultáneamente, es dada por extinguida, efectos todos ellos que son socialmente oponibles -en el sentido de tenidos por plenamente eficaces- *erga omnes*, como nos gusta decir en jerga legal. Así, quien no paga una deuda exigible incurre en mora (la *mora debitoris*) pero, asimismo, quien se niega a recibir el pago y a dar la deuda por saldada también incurre en mora (la *mora creditoris*). La representación *no funciona* cuando el signo no es aceptado y, por tanto, el signo no produce sus efectos y esta causación es recíproca y circular, en palabras de CASTAINGTS, se trata de una "causalidad recursiva"[18]. Como toda deuda, el dinero constituye, ante todo, una verdadera *relación semiótica* o de significado entre acreedor (el tenedor del dinero) y deudor (el emisor del dinero), pero también entre uno y otro y quienes aceptan que con esa deuda se puedan pagar otras deudas. En definitiva, el dinero como institución es una modalidad de representación social que, como diría CASTAINGTS, "implica lo sagrado", "un sagrado del más acá: un sagrado profano"[19].

---

[15] Para un contraste de esta definición que propongo con la oficialmente formulada por la Iglesia Católica Romana véanse, en concreto, los puntos 224 y 238 del *Catecismo de la Iglesia Católica (Compendio)*, Asociación de Editores del Catecismo, Ciudad del Vaticano 2005, que se corresponden, respectivamente, con los puntos 1113-1131 y 1153-1155 y 1190 del *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de Editores del Catecismo, Ciudad del Vaticano 2005. Permítanme referirme, aunque solo sea de pasada, a un debate teológico –y en gran medida también filosófico- que estimo muy sugerente y que me ha ayudado a entender la naturaleza esencialmente simbólica del dinero, que podríamos denominar como el de la discusión acerca de la prevalencia del signo en los sacramentos, centrada en gran parte en las aportaciones de RAHNER (1967): cfr., para una visión general de la controversia, TAPPEINER (1975), ORDEIG CORSINI (1981), CLASBY (1993), SCHLESINGER (2013).

[16] De manera certera y condensada ha dicho recientemente YASUYUKI HIROTA (2019) que "es el puro consenso humano que da valor al dinero".

[17] Cfr. RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER y JACKSON, (2012, pp. 33-34).

[18] CASTAINGTS TEILLERY (2017, p. 25).

[19] CASTAINGTS TEILLERY (2017, p. 29).

DUARTE[20] ha expresado esta función significativa del dinero[21] insertada en algo que, con toda lucidez, él denomina "elementos estructurales" de todo "sistema monetario" y que son cuatro:

a) Una unidad monetaria o unidad de cuenta: por ejemplo, el euro, la libra esterlina o el franco suizo.

b) Uno o varios soportes monetarios, típicamente los billetes y las monedas, pero también una anotación en cuenta corriente, ejemplo este último de *dinero escriturario* (*fountain pen money*), al que enseguida me referiré.

c) Uno o varios productores de soportes monetarios, esto es, quienes emiten, acuñan o crean dichos soportes: los Bancos Centrales y los Estados (para los billetes y monedas metálicas) y los bancos comerciales (para el *dinero escriturario*).

d) Una comunidad monetaria o conjunto de personas que emplean la moneda como medio de pago comúnmente aceptado, que pueden identificarse o no con quienes están integrados en unidades políticas; así, el dólar estadounidense y el euro –este último en menor medida-, se emplean habitualmente como medio de pago por quienes no son ni ciudadanos estadounidenses ni europeos y, además, en lugares bien remotos y dispares.

Este enfoque semiótico no solo resulta consistente con el funcional, sino que permite contextualizar de manera interrelacionada las tres funciones simultáneas del dinero[22]: medio de cambio, reserva de valor y unidad de cuenta[23]. Importa mucho entender la interrelación y simultaneidad de las funciones entrelazadas en el dinero como signo causal del valor, para crearlo, transmitirlo y preservarlo. Esto quiere decir que: *i)* el dinero me sirve para instrumentar transacciones (intercambiar) y satisfacer mis necesidades en un entorno especializado (cada uno hace o produce lo que mejor sabe y puede); *ii)* esto solo ocurre porque tengo una referencia valorativa (una unidad de cuenta) para todo aquello que es o puede ser intercambiado o adquirido; y *iii)* la posibilidad de intercambiar sobre una base valorativa unitaria común me permite, a su vez, el diferimiento temporal del intercambio y, por consiguiente, reservar un valor para satisfacer mis necesidades futuras. El debilitamiento o desaparición de la confianza, del consenso representativo de la causa simbólica, provoca toda una suerte de consecuencias encadenadas: la reducción o cese de transacciones dinerarias, la utilización de referencias valorativas alternativas y la rebaja o pérdida completa del valor reservado.

Hemos dicho que el dinero es deuda, pero no toda deuda es dinero. Es más, no toda deuda expresada en una unidad de cuenta reconocida como tal y que puede ser intercambiada por bienes y servicios es dinero, sino solo aquella deuda que entra en el contexto representativo propio del dinero y que convierte a esa deuda en un soporte monetario o plenamente asimilado a cualesquiera otros soportes monetarios. Significa esto que una deuda puede ser empleada para el pago de otra deuda mediante el mecanismo de la cesión de créditos, pero esta cesión no hace por sí sola que la deuda/crédito cedido sea dinero; para eso se necesita su inserción en el entorno simbólico y sistémico monetario, con la consiguiente causación de los efectos

[20] DUARTE (2016). Encontrarán una reseña de este trabajo en RUIZ OJEDA (2017). DUARTE ofrece el desarrollo de otros aspectos en (2018), también reseñado por RUIZ OJEDA (2018).

[21] Aconsejo también muy vivamente el trabajo de CASTAINGTS (2017), aunque advierto que puede resultar de no fácil lectura.

[22] Sigo aquí las excelentes explicaciones de MCLEAY, RADIA, y THOMAS (2014a) y (2014b).

[23] Según apuntan RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER y JACKSON (2012, p. 29) puede hablarse de una cuarta función del dinero, la de pago final o instrumento de conversión de todo tipo de deudas (*final payment* o *settlement*), sean o no dinerarias, si bien esta función se considera incluida o subsumida en la función de unidad de cuenta.

específicos del dinero. En sentido propio, la moneda es un dinero (una deuda) grupal o socialmente aceptada para producir simbólicamente –esto es, en términos representativos- los efectos propios del dinero, consistentes en la creación, transmisión y conservación del valor.

Si el dinero es una deuda o activo financiero que pasa a ser moneda mediante la convención grupal o social consistente en su aceptación generalizada como medio de pago, la moneda se convierte en una divisa (*currency*) a través de su conexión con la estructura fiscal de un grupo político. Tal conexión se establece cuando la instancia que impone y recauda los tributos declara que la moneda aceptada como medio de pago entre los miembros de esa comunidad tributaria es la única admitida para el pago de tributos. De esta forma, quien exacciona los tributos pasa a ser otro miembro más de la comunidad monetaria, ya que adquirirá los bienes y servicios a que se destinan los tributos recaudados, precisamente, con la misma moneda con que lo hacen todos los demás componentes de la comunidad monetaria. Las divisas son, pues, las monedas de *curso legal* (*legal tender*), declaradas y reconocidas como medios solutorios para cualquier tipo de deudas, públicas (tributos) y privadas. De este modo, el sentido de causación de valor del signo monetario se muestra con toda su fuerza porque no se ve limitado por la circunstancia de que quien lo recibe lo acepte subjetivamente como medio de pago, sino que produce dicho efecto solutorio incluso aun cuando no se dé tal aceptación subjetiva: recordemos la noción de *mora creditoris*. Quiere esto decir que la acción colectiva o grupal juega un papel fundante en la significación causal del dinero, ya que objetiviza algo que, de otra forma, dependería en exclusiva del asentimiento bilateral e individual, que no está en absoluto ausente, pero que no es capaz por sí solo de prevalecer sobre los efectos causales propios del signo dinerario. No debe extrañarnos que, dada esta configuración del dinero, haya factores de la dinámica colectiva o grupal como son los mecanismos de gobernanza monetaria, fiscal y económica que jueguen un papel crucial en la estructura representativa del dinero. Es nuestro propósito prestar atención a estos componentes.

La acuñación de una divisa no es otra cosa que la plasmación gráfica, realizada con la emisión del soporte monetario (un billete, por ejemplo), de esa vinculación entre el régimen de intercambios grupales extrafiscales y la dinámica fiscal, lo cual suele hacerse con la imprimación de la efigie real o presidencial o de una figura histórica o culturalmente relevante, o bien con otros motivos que evocan la identidad grupal o social. La acuñación/emisión manifiesta que la divisa queda respaldada por la estructura fiscal del acuñador/emisor, al tiempo que sirve para otra cosa fundamental: limitar el *señoreaje*, es decir, el beneficio que el acuñador/emisor obtendría con la sobre-emisión de soportes monetarios. Ese beneficio, también denominado *impuesto inflacionario*, sería la diferencia entre el valor de aquello que el acuñador/emisor puede obtener con los soportes monetarios que sobre-emite y el coste de la acuñación/emisión (en el caso de los billetes, un coste insignificante). Esta limitación del *señoreaje* se comprende si entendemos que la puesta en circulación de soportes monetarios en cantidad excesiva provoca una sobre-oferta de dinero y la consiguiente pérdida de valor de toda la masa monetaria en circulación, lo cual supone que el dinero procedente de la recaudación fiscal también lo pierde y, con esa pérdida, se reduce la capacidad de compra de bienes y servicios del acuñador/emisor, con la eliminación –al menos parcial- de los beneficios del *señoreaje*.

Pero la conexión entre el sistema monetario y la estructura fiscal –que convierte a la moneda en divisa- no solo se verifica mediante la técnica de la declaración de una moneda como de curso legal, sino también a través del endeudamiento público -del contraído por quien impone los tributos-, cuando se dan determinadas circunstancias. Me ocuparé de esto tras prestar atención a la creación de dinero por el sistema bancario.

2.2. El dinero es creado de la nada por los bancos comerciales (al dar crédito a particulares y empresas) y por los Bancos Centrales (al recibir reservas de los bancos comerciales)

La peculiaridad de los bancos comerciales en relación con los restantes prestamistas no radica en prestar un dinero propio. Tampoco en prestar dinero ajeno, aunque lo hagan a modo de intermediarios financieros (reciben depósitos por un lado y dan créditos por otro). La verdadera especialidad de los bancos consiste en ser los únicos operadores económicos que prestan un dinero que es creado al ser prestado, o sea, en crear dinero de la nada por el mero hecho de prestarlo. Cada vez que un banco da crédito, crea dinero por el importe del crédito, cada vez que se cancela, total o parcialmente, un crédito con un banco, se destruye dinero por el mismo importe de la cancelación. Se trata, como hemos adelantado, del dinero escriturario que, en términos cuantitativos, constituye la parte abrumadoramente mayoritaria de la masa monetaria en circulación: en la Eurozona, fluctúa entre el 94 y el 95%[24]. El dinero escriturario es un soporte monetario que consiste en una simple anotación en el balance de los bancos comerciales y su fundamento está en la propia reserva legal de que es objeto la actividad bancaria, de la que deriva un privilegio contable conferido en exclusiva a los bancos. Hasta donde nuestro conocimiento alcanza, no existe ninguna declaración normativa expresa, sea cual sea su rango, que autorice o proclame esta función de creación de dinero por los bancos, pero es una consecuencia ineludible y que va implícita en el indicado régimen de restricción del acceso por parte de los bancos a la constitución de depósitos y la dación de crédito al público, como a continuación explicamos. En Derecho español, el art. 3.1 de la vigente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito[25], declara que "Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, *la captación de fondos reembolsables del público*, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas" (la cursiva es mía); de esto se deriva la prohibición expresa, contenida en el párrafo 3 del propio art. 3, "a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada como entidad de crédito el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito y la utilización de las denominaciones propias de las mismas o cualesquiera otras que puedan inducir a confusión con ellas".

Es importante captar el matiz de que los bancos no solo reciben depósitos (*a la vista*, es decir, reembolsables *a simple demanda* del depositante), sino que también constituyen depósitos para instrumentar el desembolso o puesta a disposición de los préstamos que otorgan a sus clientes o prestatarios. Es en esta operatoria masiva y no en la recepción de depósitos de dinero procedente de otro banco donde se concentra la creación de dinero bancario. Dicho brevemente: mientras que los depósitos recibidos por los bancos "reubican" el dinero (que pasa de un banco a otro), los constituidos para desembolsar los préstamos otorgados a los prestatarios del banco –o sea, para poner a su disposición el préstamo concedido- crean dinero.

---

[24] Véase el apartado 6.1 (pp. 69-70) del *Informe Anual 2018* del BCE, disponible en https://www.ecb.europa.eu/pub/annual/html/ar2018~d08cb4c623.es.html#toc28.

[25] Esta Ley traspone la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión (que, a su vez, modificó la Directiva 2002/87/CE y derogó las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, cuya transposición al Derecho español se inició con el Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la UE en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras). Según el art. 4.1.1) del Reglamento (UE) nº 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, también de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y de las empresas de inversión, un banco o entidad de crédito es "una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia". Por su parte, el art. 9.1 de la citada Directiva 2013/36 prescribe que "Los Estados miembros prohibirán a las personas o empresas que no sean entidades de crédito el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables procedentes de particulares".

Tanto el dinero "reubicado" como el dinero creado pertenecen a los depositantes, de ahí que el banco lo contabilice en ambos casos como un pasivo (como un recurso ajeno). El contravalor del depósito recibido es una cuenta de activo -concretamente de tesorería, de efectivo- del propio banco (que puede disponer de él, por ejemplo, para dar préstamos a terceros), y el contravalor del depósito constituido al desembolsar un préstamo también es una cuenta de activo, pero no de tesorería, sino de activo financiero. Nos percatamos así de que, por ministerio de la ley y con base en la reserva de actividad, los bancos están habilitados para disponer como propio del dinero recibido en depósito y para mantener en su balance, mediante la constitución de depósitos, el dinero prestado a sus clientes/prestatarios. Este es, digámoslo una vez más, el sentido de la reserva de actividad. Nos interesa especialmente por qué y cómo crean dinero los bancos y no tanto cómo intermedian con él, pero esas dos vertientes no solo comparten fundamento legal (la reserva de actividad), sino que se basan en el mismo privilegio: la disposición del dinero del cliente, con su correspondiente tratamiento contable privilegiado, al que nos acabamos de referir y del que trataremos en lo tocante al fenómeno de creación del dinero mediante el otorgamiento de crédito por los bancos.

Según WERNER[26], el privilegio consiste en la excepción a una de las así denominadas *reglas del dinero del cliente* (*client money rules*), en concreto, la que obliga a quien emplea, gestiona o recibe dinero ajeno a registrarlo fuera de su contabilidad y a depositarlo en una cuenta de efectivo de un tercero, o sea, fuera de sus activos y pasivos. Veamos brevemente y con un sencillo ejemplo la crucial diferencia del tratamiento contable del préstamo de dinero en el caso de un no-banco y de un banco.

Los estados contables de quien, sin ser un banco, otorga a otro un préstamo no experimentan ninguna variación cuantitativa entre el antes y el después de otorgar y desembolsar el préstamo: adquiere un activo (un derecho de cobro frente al prestatario) y experimenta la salida de otro activo de su balance por el mismo importe (el dinero prestado, que pasa a manos del prestatario). Pero, como hemos anticipado, si quien presta es un banco, no se produce contablemente el surgimiento de un nuevo elemento del activo (el préstamo concedido) y la salida de otro (del dinero prestado), ambos por el mismo importe (con la consiguiente compensación de uno y otro). En efecto, el banco registra contablemente la operación de préstamo mediante un nuevo activo (el préstamo concedido) con el contravalor de un nuevo pasivo (un depósito aperturado en el propio banco a favor del prestatario); por este motivo, el balance del banco no queda igual que antes de otorgar y desembolsar el préstamo, sino que "se expande" en sus dos lados, el del activo (préstamo concedido) y el del pasivo (depósito abierto al prestatario). En el siguiente esquema[27], reflejamos el funcionamiento de los estados contables [hemos sombreado el área de la contabilidad simplificada del banco comercial en la que se produce el "crecimiento" de su balance]:

[26] (2014b, pp. 71-77). Véase también WERNER (2014a) sobre el debate en la literatura económica de la creación de dinero por los bancos. No deja de sorprender que MCLEAY, RADIA, y THOMAS, que hacen una explicación excelente de la creación de dinero por los bancos comerciales, no hagan ninguna referencia a la excepción contable que permite dicha creación: véase (2014, p. 11) y (2014b, p. 16).

[27] Lo tomamos de WERNER (2014b, pp. 72-74). También seguimos a RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER, y JACKSON (2012, pp. 62-63).

ANTES del otorgamiento y desembolso del préstamo	DESPUÉS del otorgamiento y desembolso del préstamo

EMPRESA NO-BANCO

ACTIVO	PASIVO
Dinero en efectivo 1.000€	Capital social 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Préstamo 1.000€	Capital social 1.000€

BANCO COMERCIAL

ACTIVO	PASIVO
Dinero en efectivo 1.000€	Capital social 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Dinero en efectivo 1.000€	Capital social 1.000€
Préstamo 1.000€	Depósito del prestatario 1.000€

Si me permiten la comparación, es como si un vendedor de naranjas vendiera una de las que tiene en su saco a un cliente pero, por virtud de la propia venta, la misma naranja permaneciera, simultáneamente, dentro del saco y en las manos del comprador; en definitiva, la venta de naranjas sería realmente una operación de creación de naranjas de la nada. Ya hemos visto que el dinero tiene, en cierto modo, algo de sacro y de taumatúrgico, pero ahora nos damos cuenta de que, *en términos de valor*, que es la perspectiva propia del dinero y de la contabilidad, sucede exactamente así con tal de que, contablemente, la operación se realice del modo que se acaba de explicar: cada vez que vendo una naranja, se crea una naranja nueva, cada vez que presto un euro, se crea un euro nuevo. Así pues, más que prestar dinero (vender naranjas), los bancos crean dinero (naranjas) de la nada cada vez que lo prestan.

Ya he dicho que la fundamentación normativa de un fenómeno tan relevante es inexistente, salvo que queramos darle consideración normativa –discusión en la que no podemos detenernos ahora[28]- a los estándares contables emitidos por las instancias de regulación bancaria –sean o no los propios Bancos Centrales- sobre el particular[29].

Pero la creación *ex nihilo* de dinero no solo tiene lugar en el ámbito de las relaciones entre los bancos y sus prestatarios o acreditados, sino también en el de las relaciones entre los bancos comerciales y sus Bancos Centrales respectivos[30]. El mecanismo sobre el que se asienta es también de carácter meramente contable y en cierto modo parecido al que hemos descrito. Se trata ahora de la constitución o incremento de las reservas de los bancos comerciales en sus Bancos Centrales: cuando esto sucede, el Banco Central registra en su balance un activo (el dinero depositado por un banco comercial) y un pasivo (una cuenta de reservas a favor del banco comercial en el Banco Central). Así pues, el balance del Banco Central "se expande", tanto por el lado del activo como del pasivo. Como enseguida explicamos, es importante tener en cuenta que el dinero creado en este nivel no está disponible para los operadores económicos ordinarios, ya que va destinado a nutrir la operatoria entre los Bancos Centrales y sus bancos comerciales, así como la de los bancos comerciales entre sí.

[28] Es merecidamente célebre y bien conocido, sobre este particular, el trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1984).

[29] Puede verse, en el caso del Banco de España, la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. El régimen contable es universalmente aplicado en el ámbito bancario; para un mayor detalle explicativo, es aconsejable consultar el Capítulo 7 del *Manual* (actualizado a marzo de 2019) de la Financial Conduct Authority (FCA) británica, sobre "Client money rules", disponible en: https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/CASS/7.pdf.

[30] Una explicación asequible y completa del funcionamiento de las reservas en los Bancos Centrales, también en lo que afecta a la creación de dinero, se encontrará en la web de la organización sin ánimo de lucro POSITIVE MONEY: https://positivemoney.org/how-money-works/advanced/how-central-banks-create-money/. Me baso también en RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER y JACKSON (2012, pp. 64-71), así como en el documento de la organización no lucrativa SENSIBLE MONEY, *How Banks Create and Destroy Money. A Guide to the Eurozone Monetary System*, 2012 (Segunda Edición revisada), 28 pp.

Empleamos de nuevo un diagrama[31] con balances simplificados para mostrar gráficamente el "crecimiento" del balance del Banco Central cada vez que se incrementa el volumen de reservas de un banco comercial [sombreamos también el área de la contabilidad simplificada del Banco Central en la que se produce el "crecimiento" de su balance]:

ANTES de la constitución de la reservas	**DESPUÉS de la constitución de las reservas**

BANCO COMERCIAL

ACTIVO	PASIVO
Dinero en efectivo 1.000€	Depósitos clientes 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Reservas en el BC 1.000€	Depósitos clientes 1.000€

BANCO CENTRAL

ACTIVO	PASIVO
Activos varios 1.000€	Reservas bancos 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Activos varios 1.000€	Reservas bancos 2.000€
Dinero en efectivo 1.000€	

La funcionalidad actual de las reservas de los bancos comerciales en sus Bancos Centrales es algo más amplia y diversificada que la que tuvo inicialmente en el sistema de reserva fraccionaria. Las reservas, por una parte, constituían un fondo de respaldo para cubrir los desfases a los que da lugar la función de intermediación financiera (recibir depósitos a la vista y dar crédito a plazo); por otra, servían de contravalor a las entregas de efectivo –papel moneda- por los Bancos Centrales a los bancos comerciales con arreglo a las necesidades de la operatoria de estos[32] (según hemos visto, dada la estrechez cuantitativa del volumen del dinero en efectivo, esta función es cada vez menos relevante). A estas aplicaciones se añadió enseguida la de hacer de las reservas un medio de intercambio financiero entre los bancos comerciales que juega un papel análogo al de los depósitos bancarios para los operadores económicos ordinarios; así, cuando un banco debe hacer un pago a otro para llevar a efecto una transferencia entre los clientes de cada uno de ellos, basta con que se lo comunique al Banco Central para que minore por el importe de la transferencia las reservas del banco transferente e incremente en la misma cantidad las del banco receptor. Pero, en nuestro actual sistema de dinero escriturario, la razón fundamental de las reservas tiene que ver con las herramientas para el ejercicio de la política monetaria por parte de los Bancos Centrales, o sea, para el control de la oferta monetaria, en definitiva, de la creación de dinero mediante el crédito bancario. Lo explicamos con brevedad[33].

Las reservas de los bancos comerciales en sus Bancos Centrales están concebidas como depósitos remunerados con un determinado tipo de interés, de manera que tal inmovilización no suponga un contraincentivo para la tenencia de reservas (los bancos podrían prestar ese mismo dinero y cobrar un interés)[34]. Asimismo, los Bancos Centrales también prestan a los bancos comerciales cuando sus reservas no son suficientes para la atención de las necesidades de su operatoria. La tercera opción que tiene un banco para la cobertura de dichas necesidades

[31] Un diagrama muy parecido al que proponemos aquí es el de SENSIBLE MONEY, op. cit., pp. 5-6.

[32] Sigo aquí a MCLEAY, RADIA, y THOMAS (2014a, p. 11).

[33] Me baso ahora en la explicación de POSITIVE MONEY: https://positivemoney.org/how-money-works/advanced/how-central-banks-create-money/.

[34] Baste con mencionar algo que nos interesa ahora, como es la forma en que se instrumentan las reservas, que no es exactamente a través de depósitos, sino de los denominados acuerdos de recompra de activos (normalmente, títulos de deuda pública), denominados *repos* (*sale and repurchase agreement*): véase la clara explicación que se ofrece en SENSIBLE MONEY, *How Banks Create and Destroy Money. A Guide to the Eurozone Monetary System*, cit., pp. 6-8.

es el llamado mercado interbancario, acudir a los otros bancos para que les presten, igualmente, con cargo a sus reservas en el Banco Central. Pues bien, los Bancos Centrales crean el denominado *pasillo de tipos de interés* mediante la fijación de los tipos de interés que pagan por las reservas (en la jerga, la *facilidad de depósito*) y el que los bancos pagan por los préstamos al Banco Central (en la jerga, la *facilidad marginal de crédito*). La determinación de estas dos clases de tipos de interés se conoce con el nombre de medidas *convencionales* de política monetaria[35]. Es importante entender que el control de la masa monetaria, de la oferta de dinero, no se hace ni mediante la emisión de efectivo (billetes y monedas) por los Bancos Centrales ni del establecimiento de umbrales (mínimos o máximos) a la cantidad de crédito que pueden dar los bancos comerciales, sino a través de la determinación del precio del dinero, es decir, de los tipos de interés de las reservas y de los préstamos del Banco Central a los bancos comerciales. Esos dos tipos de interés proporcionan las referencias básicas (de ahí la denominación de *pasillo*) para los tipos de interés de los préstamos entre bancos comerciales (la tercera opción), el interbancario (en la Eurozona, el Euribor), que, a su vez, es la referencia básica para los tipos de interés de los créditos otorgados por los bancos comerciales a los operadores económicos. Así, con un ejemplo fácil, si el interés de las reservas es el 4% y el de los préstamos del Banco Central un 6%, es razonable que los bancos se presten entre sí al 5%, exactamente en la mitad de la banda o *pasillo* de tipos de interés: un banco estaría dispuesto a prestar a otro por algo más de lo que le pagan a él por sus reservas y algo menos de lo que le pediría el Banco Central.

Importa recordar que este régimen peculiar tiene como efecto muy relevante la creación de dinero por la misma cantidad de las reservas de los bancos comerciales en sus Bancos Centrales respectivos: cada vez que se constituye o se incrementa una reserva, se crea dinero o se incrementa la masa monetaria. En sentido contrario, cuando se extinguen o se reducen las reservas de un banco comercial en su Banco Central, se destruye dinero por el mismo importe. La diferencia entre el dinero creado por los bancos y el creado por las relaciones entre estos y sus Bancos Centrales a través del mecanismo de las reservas es que estas últimas no están disponibles para el público. Por eso, en la literatura al uso se habla de: *a) agregado monetario* (traducción del inglés *broad money*, literalmente, *dinero en sentido amplio*), que es el dinero a disposición del público, integrado por el efectivo metálico (billetes y monedas) y los depósitos en los bancos comerciales; *b) base monetaria* (también llamado *dinero-base* o *dinero de alta potencia*; en inglés, *base money* o *central bank money*), que comprende el efectivo metálico y las reservas de los bancos comerciales en los Bancos Centrales. La razón de esta distinción la encontramos en conceptualizar el tipo de dinero, la *base monetaria*, sobre cuya incidencia opera de manera inmediata, como hemos visto, la política monetaria de los Bancos Centrales: ya sabemos que, por la reducida dimensión relativa del efectivo metálico, la *base monetaria* está constituida, en una cantidad abrumadoramente mayoritaria, por reservas[36].

2.3. La creación de dinero por el sistema bancario mediante la compra de deuda pública por los Bancos Centrales

Estaba pendiente el tratamiento de un segundo orden de conexiones entre la estructura monetaria y la fiscal. Recordemos que el dinero es deuda pero que no toda deuda es dinero y

[35] En el momento en que se escriben estas líneas, el BCE ha mantenido el tipo de interés de la Eurozona para la *facilidad de depósito* en el -0,40% y el tipo de interés para la *facilidad marginal de crédito* en el 0,25%; véase la Nota de Prensa sobre "Decisiones de política monetaria" del 7 de marzo de 2019, disponible en: https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ecb.mp190307~7d8a9d2665.es.html. Una explicación clara y asequible de estos conceptos se encontrará en la Web del Banco de España: https://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/instrumentos/Los_instrumento_12a60642abac821.html.

[36] Cfr. McLeay, Radia, y Thomas, (2014b, pp. 20-21).

que, muy resumidamente, una deuda es dinero cuando adquiere la condición de moneda; la monetización de una deuda es, a mi entender, el hecho de que una deuda sea dinero. Y una deuda puede ser moneda porque expresamente es concebida como tal, o sea, para cumplir las funciones propias del dinero, pero también porque, sin haber sido creada con ese fin, es aceptada y usada como tal. Pero ahora debemos abordar de qué modo un tipo específico de deuda, la deuda pública o soberana, da lugar a la creación de dinero, es decir, se convierte en dinero y en qué medida o en qué tipo de dinero.

El recurso por el poder público a los prestamistas/orfebres para la obtención de crédito es algo antiguo y bien conocido[37]. Se trataba, principalmente, de financiar déficits fiscales, de modo que las operaciones de endeudamiento de la Corona estaban vinculadas causalmente con sus ingresos vía impuestos y otras rentas. CARANDE relató muy bien la práctica generalizada, en Castilla y en toda Europa: el prestamista y el monarca suscribían el empréstito, pagadero en la fecha de vencimiento con la entrega de la cantidad estipulada de metales preciosos de respaldo, oro o plata, y el prestamista emitía unas obligaciones –papel moneda- correspondientes a dicha cantidad, que circulaban como medios de pago y eran también empleados y aceptados por la Corona para el cobro de tributos y para la adquisición de bienes y servicios en el tráfico ordinario[38]. Dicho de otro modo, una deuda (la contraída por el soberano) se convierte en otra deuda (el billete o certificado de depósito emitido por el prestamista) que sirve para pagar otras deudas (las obligaciones contractuales de la Corona derivadas de la adquisición de bienes y servicios). En este escenario, el endeudamiento público da lugar a la emisión de más dinero, en forma de papel moneda, o sea, incrementa la base monetaria en la misma cuantía de la deuda contraída. De esta forma, la Corona, aunque no fuese formalmente el emisor del dinero, ejercía un peculiar *señoreaje*, con el consiguiente *impuesto inflacionario*, fruto de la expansión del agregado monetario. Obsérvese que tal cosa no sucedería si el empréstito hubiese quedado restringido a una relación entre el rey y el prestamista y se hubiese desembolsado y pagado con la entrega de oro o plata. La atribución del carácter de curso legal a una moneda (una deuda, representada monetariamente por los certificados de depósito emitidos por el mismo importe) tiene, pues, el efecto evidente de monetizar la deuda pública, de convertirla en dinero, ya que el soberano confiere al papel moneda emitido (los certificados del prestamista) la condición de medio solutorio universal. Esta dinámica es esencialmente idéntica en un contexto histórico en el que los emisores de dinero no son los prestamistas/orfebres, sino la estructura formada por los Bancos Centrales y los bancos comerciales.

Hoy día, la conversión de la deuda pública en dinero no se produce de una manera directa y expresa, sino indirecta e implícita, mediante las relaciones entre los Bancos Centrales y sus bancos comerciales, y entre estos y los operadores económicos, según enseguida explicamos. Antes de nada, importa advertir que la motivación del endeudamiento es la misma que la descrita desde el punto de vista histórico, proporcionar cobertura al desfase entre los ingresos fiscales y las necesidades de gasto, o sea, del déficit presupuestario.

Según sentenciaba BLINDER, "decimos que el déficit público se monetiza cuando el Banco Central compra los títulos de deuda que el Estado emite para cubrir su déficit"[39]. Tal monetización es la alternativa a la mera financiación del déficit público a través de

[37] En la abundante literatura sobre los prestamistas/orfebres y sus manejos, me ha parecido destacable el trabajo de SEGUIN (2012).

[38] Dice CARANDE que "todo el mundo consideraba las obligaciones de los FUGGER [el principal prestamista de Carlos V] tan seguras como el oro" (1987, p. 298). Sobre el arriendo de ingresos tributarios de la Corona como contrato ligado al de préstamo, cfr. CARANDE (1987, pp. 300-301). La estructura relacional y los instrumentos de garantía y circulación de los empréstitos ya en tiempos de Felipe II, concretamente con la familia Espinosa, banqueros radicados en Sevilla, está muy bien recogida en CARANDE (1987, pp. 305-306).

[39] Cfr. (1982, p. 1), la traducción es mía.

endeudamiento, como el propio BLINDER, junto con STIGLITZ, argumentaron, y, por tanto, el dinero creado viene a sustituir, al menos transitoriamente, el alza futura de ingresos tributarios con los que afrontar el pago de la deuda contraída[40]. Pero hay que distinguir el efecto que la monetización tiene sobre las dos clases de dinero a las que nos acabamos de referir. Así, si la compra de la deuda se hace por el Banco Central a los bancos comerciales, tal monetización, por la configuración intrínseca de las funciones del Banco Central y de su tratamiento contable, se lleva a cabo mediante el incremento de las reservas de los bancos comerciales. Pero si el vendedor de la deuda no es un banco comercial sino cualquier otro operador económico, el Banco Central emplea el banco comercial del que el vendedor es cliente como intermediario, de forma que, tras la compra, el vendedor ve sustituidos los títulos de deuda pública vendidos por un depósito en su banco comercial. Este depósito es un pasivo del banco comercial que tiene como contravalor un incremento de sus reservas en el Banco Central: así es como este último paga la adquisición de deuda pública y el banco comercial, a su vez, paga al vendedor. En consecuencia, según a quién compre el Banco Central los títulos de deuda se producirán los siguientes efectos en cuanto a la creación de dinero:

i) Si el vendedor es un banco comercial, se crea *dinero-base* o *dinero de alta potencia* en forma de incremento de las reservas del banco comercial vendedor en el Banco Central comprador.

ii) Si el vendedor es un no-banco, se crea igualmente *dinero-base* o *dinero de alta potencia*, también mediante el incremento de las reservas en el Banco Central del banco comercial a través del que el vendedor opera, a modo de subproducto o efecto colateral; pero también –y por el mismo importe- se crea *dinero en sentido amplio* o *agregado monetario* mediante la constitución de un depósito a favor del vendedor en dicho banco comercial (que es un pasivo de este último).

Por tanto, la compra de deuda pública por un Banco Central puede crear dinero una sola vez, cuando el vendedor es un banco comercial, o dos veces, cuando el vendedor es un no-banco. En el primer caso, se crea *dinero-base*, en el segundo, *dinero en sentido amplio* y, al mismo tiempo y por el mismo importe, *dinero-base*. Si lo vemos mediante el siguiente esquema, tal y como MCLEAY, RADIA y THOMAS lo exponen, nos percataremos de qué manera se lleva a cabo ese efecto de expansión de los balances del banco comercial y del Banco Central, al tiempo que el tamaño del balance del vendedor (proponemos el ejemplo de un fondo de pensiones) permanece sin variación[41] [hemos sombreado las áreas donde se muestran los citados efectos de expansión de balances]:

ANTES de la compra de los títulos de deuda	**DESPUÉS de la compra de los títulos de deuda**

FONDO DE PENSIONES

ACTIVO	PASIVO
Deuda pública 1.000€	Aportaciones partícipes 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Depósitos bancarios 1.000€	Aportaciones partícipes 1.000€

BANCO CENTRAL

ACTIVO	PASIVO
Activos varios 1.000€	Reservas de los bancos 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Deuda pública 1.000€	Reservas de los bancos 2.000€
Activos varios 1.000€	

[40] BLINDER y STIGLITZ (1983).

[41] Cfr. (2014b, pp. 24-25). Una explicación muy similar, en RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER, R. y JACKSON (2012, pp. 80-83).

BANCO COMERCIAL

ACTIVO	PASIVO
Reservas en el BC 1.000€	Depósitos clientes 1.000€

ACTIVO	PASIVO
Reservas en el BC 2.000€	Depósitos clientes 2.000€

Una de las cuestiones más interesantes que plantea la compra de títulos de deuda pública por los Bancos Centrales como medida de política monetaria es la de su efecto en la actividad económica[42]. Para ser breves[43], diríamos que solo la creación de dinero mediante la relación entre el banco comercial y el vendedor no-banco (en nuestro ejemplo, el fondo de pensiones) proporciona recursos monetarios adicionales directamente disponibles para los operadores económicos, mientras que el dinero creado en el nivel de la relación entre el Banco Central y el banco comercial (sea quien sea el vendedor de los títulos de deuda, un banco o un no-banco) solo comportaría tal disponibilidad adicional de dinero si el incremento de las reservas se traslada a una mayor dación de crédito por el banco comercial, lo cual no sucede, como bien sabemos ya, de manera automática. Las evidencias disponibles señalan que el volumen de compras de deuda pública por el BCE/SEBC no ha tenido, hasta la fecha, un correlato con el incremento del crédito otorgado por los bancos al sector productivo, es decir, que la creación masiva de *dinero-base* por esta causa no ha incrementado de manera significativa el volumen total de *agregado monetario*, o sea, del dinero disponible de manera inmediata para los operadores económicos[44]. No obstante -y sin perjuicio de lo que digamos colateralmente sobre el no incremento del flujo de crédito-, hay un efecto que, con total independencia de que se proporcione a o no dinero nuevo a la así llamada economía real, ha sido provocado por el ingente volumen de las compras de deuda soberana por el BCE/SEBC: la reducción de los tipos de interés de la deuda pública en el medio y largo plazo y el consiguiente incentivo a los Estados de la Eurozona para incrementar el endeudamiento y relajar las políticas de disciplina presupuestaria dirigidas a contener sus déficits fiscales[45]. De este efecto hablamos justo a continuación.

[42] La cuestión fue abordada por BLINDER y STIGLITZ, a modo de mera aproximación (1983). Un desarrollo del debate puede encontrarse en BENFORD, BERRY, NIKOLOV, ROBSON, y YOUNG (2009), JOYCE, TONG y WOODS (2011), BOWDLER y RADIA (2012).

[43] Sigo aquí la nítida exposición de RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER y JACKSON, (2012).

[44] Como señala la OCDE en un reciente Informe, el incremento del endeudamiento del sector público en la Eurozona ha ido acompañado de una reducción significativa del crédito al sector privado: cfr. *OECD Economic Surveys-Euro Area 2018*, p. 36 (disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-euro-area-2018_eco_surveys-euz-2018-en#page1: acceso 21 junio 2019). Según los últimos datos facilitados por el BCE, la tasa de concesión de préstamos a las empresas de la zona del euro bajó en marzo de 2019 al 3,5%, tres décimas menos que en febrero (3,8%), y los préstamos a los hogares cayó al 3,2 %, una décima menos (3,3%): cfr. la Nota de Prensa del BCE del 29 de abril de 2019 "Evolución monetaria de la zona del euro: marzo de 2019", disponible en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/19/presbce2019_58.pdf.

[45] Cfr. RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER y JACKSON (2012, p. 83).

3. La polaridad entre Bancos Centrales y Gobiernos: política monetaria y política económica/fiscal

3.1. Sentido, construcción y ruptura de un equilibrio: breve incursión en la teoría de juegos

Entre otros, fue el ya citado BLINDER, quien formuló una explicación del régimen de contrapesos que justifica la polaridad entre unos Bancos Centrales independientes y los Gobiernos de los Estados, concretamente mediante el recurso a la teoría de juegos[46]. En esencia, se trata de discernir hasta qué punto es posible y precisa una coordinación entre la política monetaria, tarea propia de los Bancos Centrales, que tiene por objeto el control de la oferta de dinero mediante la fijación de los tipos de interés en el corto plazo, y la política fiscal, misión del Gobierno, consistente en el balance entre gasto público e ingresos tributarios para evitar déficits excesivos. Las autoridades monetarias están gestionadas por especialistas cuyos cargos tienen una duración mucho más larga que la de los políticos, además de que acceden a dichos cargos y los ejercen al margen de los flujos habituales de renovación electoral, y esto genera una dinámica peculiar de entrecruzamiento de decisiones y de sus efectos.

El punto de partida del comportamiento de estos dos jugadores es que cada uno pretenderá que las decisiones impopulares sean tomadas por el otro, mientras que él permanece inerte. Así, el Banco Central procurará que sea el Gobierno quien acuerde un incremento de impuestos o una disminución de los gastos para tener el déficit presupuestario bajo control y, con él, la inflación; por su parte, el Gobierno preferirá que sea el Banco Central quien, con unos tipos de interés bajos y un alto flujo de dinero, cargue con el mochuelo de alentar la inflación. La matriz con la que BLINDER explica el desarrollo del juego muestra que el Banco Central optará por un comportamiento restrictivo del flujo monetario, mientras que el Gobierno decidirá expandirlo a través del déficit público, estrategias que cuadran con la fisonomía original de cada uno de los jugadores y con la carencia de instrumentos que permitan la avenencia, al menos de manera explícita. Exactamente esto fue lo que sucedió durante la primera década de funcionamiento efectivo del modelo de Bancos Centrales independientes entre finales de los 70 y principios de los 80 del siglo XX, resultado bastante influenciado por los preocupantes repuntes inflacionarios de la época.

[46] BLINDER (1982), que es un trabajo ampliamente citado y glosado; he encontrado unos comentarios muy clarificadores de esta aportación de BLINDER en BERNSTEIN (1996, pp. 240-243). Un tratamiento muy completo de las misiones institucionales de las autoridades independientes y de las instancias gubernamentales dotadas legitimidad democrática puede encontrarse en ALESINA y TABELLINI (2007) y (2008).

GOBIERNO \ BANCO CENTRAL	Restrictivo	Neutro	Expansivo
Restrictivo	3 / 9	1 / 6	4 / 4
Neutro	2 / 8	5 / 5	6 / 1
Expansivo	7 / 7	8 / 3	9 / 2

Fuente: BLINDER (1982) y BERNSTEIN (1996)
Leyenda:

a) Las opciones del Banco Central se sitúan siempre en la parte superior de las diagonales de cada celda y las del Gobierno en la parte inferior.

b) Los numerales indican una ordenación de prioridades en la toma de decisiones, de 1 (máximo rango de preferencia) a 9 (mínimo rango de preferencia).

Pero, como bien apunta BLINDER, la matriz del juego nos muestra visualmente una tendencia de ambas partes hacia posiciones intermedias o de conciliación, incluso si seguimos sin contar –como debe de ser por principio en un escenario de Bancos Centrales independientes- con mecanismos de acuerdo.

Así, si nos fijamos en la celda del extremo inferior izquierdo del cuadro, donde las opciones de ambos tienen valor 7 (una posición altamente restrictiva del Banco Central y altamente expansiva del Gobierno, sin que ninguna tenga el valor máximo de 9), veremos que, en la línea vertical ascendente, no hay, en la serie de decisiones del Gobierno, ninguna opción que sea más baja que 7 (8 y 9), y que, en la línea horizontal hacia la derecha, tampoco hay ninguna decisión del Banco Central que sea más baja que 7 (8 y 9). En definitiva, la casilla 7/7 muestra el mejor de los posibles malos acuerdos entre ambos jugadores.

Ahora bien, si nos vamos a la celda del extremo superior derecho, nos encontramos con una posición monetaria poco restrictiva, media-alta (4) del Banco Central y con una opción idéntica de déficit público por parte del Gobierno (4). Si hacemos algo análogo a lo anterior, nos daremos cuenta de que, si partimos de la casilla 4/4, en la línea horizontal hacia la izquierda, no hay, en las opciones del Banco Central, ningún valor superior a 4 (1 y 3), y que casi lo mismo sucede en la línea vertical descendente con las del Gobierno (1 y 2). En esos otros supuestos hipotéticos, nos encontramos con que el Banco Central, o bien no haría nada (1) y dejaría que el Gobierno provocara una elevación media-alta del déficit público (6), o bien actuaría con políticas monetarias restrictivas (3) frente a un incremento a niveles máximos del déficit (9) por parte del Gobierno. En la línea vertical descendente tampoco hay valores superiores a 4 (1 y 2) en la toma de decisiones del Gobierno lo que significa que, frente a una política monetaria expansiva de nivel medio-alto (6) o máximo (9) por parte del Banco Central, el Gobierno respondería, respectivamente, con la inacción en materia de déficit (1) o con una mínima expansión de este (2).

En definitiva, estamos ante el denominado *equilibrio de NASH*[47]: una situación estable pero por debajo del óptimo. Quiere esto decir que los dos jugadores desearían algo mejor, pero ponen en marcha una estrategia cooperativa, de referencia mutua y acuerdos implícitos para determinar una política en buena medida común sin interferencias explícitas en las funciones recíprocas. Ambos jugadores conocen las intenciones y preferencias del otro. Obviamente, nos encontramos con un modelo que simplifica la realidad ya que, en un contexto más comprehensivo, habría que tener también en cuenta la presencia y actuación de los operadores económicos. No obstante, permite explicar correctamente el escenario sobre el que se elaboró la actualmente vigente arquitectura regulatoria bancaria y sus relaciones con el orden de decisión y actuación fiscal por parte de los Gobiernos.

Como apunta BERNSTEIN, este equilibrio bipolar conoció a principios de los 90 del pasado siglo alguna curiosa mutación, sobre todo en Estados Unidos, cuando la Fed implementó una política monetaria restrictiva con altos tipos de interés, que fue acompañada de una postura igualmente restrictiva en el control del déficit fiscal por la primera Administración Clinton[48], lo cual puso en evidencia la posibilidad de actuaciones concertadas. Pero las señales más firmes de la sustitución de un equilibrio fruto de la tensión entre polos por otro de alineación de las estrategias de los Bancos Centrales y de los Gobiernos tuvo lugar con la reacción ante el estallido de la crisis mundial en 2008, particularmente marcada en la UE, como enseguida pasamos a ver. Antes de esa fecha, ya se había sugerido que la independencia de los Bancos Centrales no es un valor absoluto, ni en términos teóricos ni prácticos, y que, por tanto, debía quedar orillada con el surgimiento de necesidades extraordinarias y sustituida por un alineamiento con la política económica del Gobierno, con el fin de dotarle de recursos adicionales de manera ágil, concretamente mediante la ruptura de la prohibición, solo vigente en tiempos de normalidad, de la financiación de déficits y la consiguiente expansión de la masa monetaria[49].

3.2. El BCE/SEBC, la UE y los Estados miembros contra los mercados: ruptura de una polaridad constitucionalmente consagrada

Como es sabido, la Unión Monetaria constituye explícitamente un elemento crucial del proyecto de la UE, según fue concebido en el Tratado de Maastricht de 1992, que incluyó previsiones de desarrollo temporal, un calendario vinculante de aplicación y salvaguardas de protección frente a decisiones ulteriores de los Estados miembros, en forma de *cláusulas antiderogatorias* –de dudosa efectividad, ciertamente-, así como un soporte organizativo, inicialmente el Instituto Monetario Europeo, sustituido luego por el BCE/SEBC, y una convergencia monetaria mediante paridades *congeladas* de las antiguas monedas, paso inmediatamente previo a la adopción de la moneda única[50]. En el Tratado de Maastricht (art. 105, además del Protocolo 3, anexo al propio Tratado, que contiene los Estatutos del BCE/SEBC), la posición del BCE/SEBC queda configurada de manera expresa como plenamente independiente de los Estados miembros, en tanto que encargado de la definición y ejecución de la política monetaria, con una nueva redacción del art. 107 del Tratado de Roma, que refuerza aún más si cabe esta posición que, además, está garantizada judicialmente por el Tribunal de Justicia. Esta traslación de soberanía monetaria por los Estados miembros a una instancia

[47] Es ya célebre el artículo de NASH (1953).

[48] Cfr. (1996, pp. 242-243).

[49] Me refiero, en concreto, a LASTRA y MILLER (2001, pp. 36-37). Dicen, literalmente: "Thus, in theory, a central bank that was prohibited from using inflation to obtain seigniorage revenues would be deprived of a potentiality important public policy tool that could benefit the nation in times of crisis" (2001, p. 37).

[50] Sigo aquí el denso y certero resumen que hizo GARCÍA DE ENTERRÍA (1992).

única, común y supranacional, con la correlativa escisión de la política económica y fiscal, es un hecho que carece de precedentes históricos conocidos, sobre todo si se tiene en cuenta que la independencia del BCE/SEBC no es solo respecto de los Estados miembros, sino también de las instancias, tanto gubernativas como parlamentarias, de la propia UE. Que esto se haga, además, a través de un instrumento normativo del Derecho primario de la UE, al que bien podríamos reconocer el carácter de constitucional, tiene una particular relevancia.

Pero la posición y configuración funcional originaria del BCE/SEBC tiene otro rasgo auténticamente inédito, como es la prohibición de financiación, cualquiera que sea su forma y plazo -en el corto (servicios de tesorería) y en el medio y largo (operaciones de préstamo y crédito)-, a los organismos de la propia UE, a los Estados miembros u otras entidades públicas sub-estatales (regionales o locales), incluida la "adquisición directa (...) de instrumentos de sus deudas" (art. 21 de los Estatutos en el Tratado de Maastricht, en desarrollo del art. 101 del Tratado de Roma, en su nueva redacción). Esto tiene una consecuencia muy clara: el BCE/SEBC no puede ser empleado como instrumento de captación de recursos para atender necesidades presupuestarias, ni de la UE ni de los Estados miembros, que solo cuentan con dos opciones, los contribuyentes y los mercados financieros. Con enorme contundencia lo dijo GARCÍA DE ENTERRÍA:

"Se concluye así, de un tajo, la posibilidad de financiar déficits públicos con la emisión de una nueva moneda (monetarización del déficit), pero también con anticipos ilimitados del Banco de España, o la colocación sistemática de la Deuda en manos de este. La ortodoxia financiera más estricta, (...), se impondrá al eliminar esta utilización tradicional por todos los Gobiernos como un simple instrumento de sus políticas de sus propios Bancos Centrales"[51].

Me he referido hasta aquí al Tratado de Maastricht en lugar de al actualmente vigente Tratado de Funcionamiento de la UE –resultante, como es bien sabido, del Tratado de Lisboa de 2007-, para subrayar el sentido que originariamente tenía la configuración orgánica y funcional del BCE/SEBC y su régimen igualmente originario de relaciones con los Estados miembros y con la propia UE. Con toda su rutilante novedad, el Derecho primario de la UE instauró un marco para la gobernanza de la moneda única basado en la polaridad entre el BCE/SEBC, por un lado, y la UE y los Estados miembros, por otro, que no solo gozó de un consenso amplio, profundo y reforzado, sino que se colocó como clave de bóveda de todo el orden institucional resultante sobre el que debía basarse el proyecto común de la UE. Esto hace aún más sorprendente, si mi valoración no es errónea, que haya sido el TJUE, la instancia jurisdiccional encargada de garantizar la independencia del BCE/SEBC, quien valide con su jurisprudencia la estrategia dirigida a terminar con ella, por mucho que sea la propia entidad dotada constitucionalmente de independencia quien haya decidido dilapidarla. Resulta fundamental comprender que esta fisonomía institucional es indisponible para el supuesto beneficiario de la independencia y que debe ser defendida incluso frente sus eventuales renuncias o actuaciones que la lesionen. Tal independencia no tiene otro sentido que hacer efectiva, sobre todo en relación con los Estados miembros, la disciplina presupuestaria. Hay otra derivación crucial, que es efecto y no causa de la citada independencia: la separación entre política monetaria, asignada al BCE/SEBC, y política económica/fiscal, correspondiente a los Estados miembros y coordinada por el Consejo Europeo, que instrumenta en la UE una polaridad constitutiva. A mi entender, la instauración de una política económica/fiscal única y, de paso, alineada con una política monetaria única podría ser vista razonablemente como la subversión de la idea originaria del proyecto común europeo; asimismo, tal subversión vendría anticipada por el empleo por el BCE/SEBC de las herramientas de política monetaria consistentes en la compra de títulos de deuda soberana de los países de la Eurozona, en la medida en que, en lugar de obligar a los Estados miembros a

[51] (1992, p. 91).

sanear sus balances fiscales, distorsiona el funcionamiento de los mercados financieros para encubrir déficits públicos.

Con estas previsiones, resultaba sensato imaginar que, una vez llevada a efecto la moneda única, la independencia del BCE/SEBC haría que la política monetaria fuese definida por sí misma "aunque contraríe el interés inmediato de cualquier instancia política, de cualquier Estado nacional", y de esto se seguirían consecuencias fundamentales: "la UE será un hecho definitivo y muy difícilmente reversible", en la que "todo el sistema económico se habrá reconfigurado, incluyendo el propio papel hoy básico del Estado en la economía"[52]. Comenzamos a percatarnos de que no ha sido así.

Ya en los términos del TFUE que, con algunas variaciones en las que no puedo detenerme ahora –baste citar, por su relevancia y conexión con el objeto de este trabajo, el reparto de las competencias en materia de supervisión bancaria entre los Bancos Centrales nacionales y el BCE-, vino a dar continuación al Tratado de Maastricht, podemos decir que la independencia del BCE/SEBC está vigente en los mismos términos expuestos y otro tanto de su ya indicada secuela, la separación entre política monetaria y política económica/fiscal. Un simple repaso de los arts. 123 y 125 TFUE, así como al Protocolo 4, que contiene los Estatutos del BCE/SEBC, permitirá comprobarlo. Por lo que enseguida decimos, interesa recalcar que no menos vigente está la prohibición dirigida por el art. 125.1 (art. 103 en la versión de Maastricht), tanto a las instancias de la UE como sus Estados, de asunción recíproca de compromisos de pago o de responsabilidades derivadas de su incumplimiento (cláusula *no bail-out* o de prohibición de rescate)[53].

Por lo que a nosotros interesa, todo empezó con unas medidas de emergencia configuradas, además, como estrictamente provisionales (con una duración máxima predeterminada e inamovible: junio de 2013) y que colisionaban con el Derecho primario de la UE, como lo demuestra la modificación del art. 136 TFUE[54]: el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera y el Fondo del mismo nombre (MEEF/FEEF)[55]. Mediante el procedimiento de reforma simplificada del art. 48.6 del Tratado de Roma[56], se añadió un párrafo 3 al art. 136: "Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas".

En una primera aproximación, no deja de sorprender que se modifique el TFUE para dar cobijo a algo que los Estados miembros pueden hacer sin habilitación previa alguna con arreglo al

---

[52] De nuevo, GARCÍA DE ENTERRÍA (1992, pp. 92-93).

[53] Dice el art. 125.1 TFUE: "La Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. Los Estados miembros no asumirán ni responderán de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de otro Estado miembro, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos".

[54] Me remito, entre otros muchos análisis disponibles, al que nos ofrece BAR CENDÓN (2012, especialmente pp. 74-78).

[55] El punto de arranque ha de ubicarse en la decisión adoptada en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de la Eurozona del 25 de marzo de 2010, al que siguió la instauración del MEEF por el Reglamento (UE) 407/2010, del Consejo, de 11 de mayo de 2010 y el *Framework Agreement* del 19 de octubre de 2011, de creación del FEEF, como sociedad de capital constituida y dotada por aportaciones de todos los Estados de la Eurozona. El contenido preciso de ambos instrumentos (el Reglamento y el *Framework Agreement*) fueron detalladamente consensuados en la reunión del ECOFIN del 9-10 de mayo de 2010.

[56] La reforma del art. 36 TFUE se hizo efectiva mediante la Decisión 2011/199/UE, del Consejo, de 25 de marzo de 2011 (DOUE del 6 de abril), con fecha de entrada en vigor el 1 de mayo de 2013.

Derecho internacional, esto es, crear un marco de negociación multilateral y externo a la UE con los fines que estimen adecuados, incluida la prestación de asistencia financiera recíproca. El problema está, precisamente, en que, según el art. 125.1 TFUE y sin perjuicio de las ayudas de la UE a un Estado miembro en situaciones excepcionales del art. 122.2, esa finalidad no puede llevarse a cabo en el seno de la UE, debe arbitrarse fuera y, al mismo tiempo, tenía que vincular a todos los países de la Eurozona. La sorpresa se transforma en alarma si sabemos que, pese a la falta de cobertura en el TFUE –no otra cosa puede significar la reforma del art. 136-, el MEEF/FEEF fue instituido por el Reglamento (UE) 407/2010, del Consejo, de 11 de mayo de 2010. Bien puede comprobarse lo apropiado que resulta hablar de espasmos.

Como objetivo inmediato, se pretendía dar respaldo a los rescates griego, irlandés y portugués, pero la conciencia precisa del alcance y profundidad de la crisis hizo inevitable afrontar los casos español e italiano e implementar un instrumento habitual de actuación, el Mecanismo Europeo de Estabilización (MEDE), cuyo Tratado constitutivo ha conocido dos versiones, una inicial de 11 de julio de 2011 y otra posterior, cuando aún no se había completado la ronda de ratificaciones por los Estados firmantes, de 2 de febrero de 2012, básicamente, para adaptarlo al Tratado de Estabilización, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (en acrónimo TECG, también conocido como "Pacto Presupuestario"), de 2 de marzo de 2012[57]. Por expresa previsión del nuevo art. 136.3 TFUE, tanto el MEEF como el MEDE comportan para los países receptores de las ayudas la estricta condicionalidad de las medidas de asistencia a los países en cuestión, es decir, dinero a cambio de reformas. Hasta aquí, el discurso dominante fue el posteriormente verbalizado por el entonces Presidente del Eurogrupo y del Consejo de Administración del MEDE, JEROEN DIJSSELBLOEM: los disciplinados países del centro y norte hubieron de mostrarse solidarios en favor de los díscolos y periféricos[58]. Pero terminó por calar la convicción de que, en realidad, la situación crítica se había instalado como estructural y no había ni un solo país de la Eurozona que se librase del riesgo de caída. Esto exigió dar un paso decisivo, consistente en circunvalar la regla, constitucionalizada mediante la reforma del art. 136 TFUE, de la condicionalidad estricta y, por tanto, hacer del BCE/SEBC la palanca anticrisis[59]. En definitiva, la estabilidad financiera de la Eurozona se ha convertido en la finalidad sustitutiva de la estabilidad de precios en la hechura teleológica del BCE/SEBC[60]: *acomodación monetaria*, le llaman.

Explicado de manera muy resumida, el cambio no ha consistido en cortar el *doom-loop*, el círculo vicioso entre riesgo bancario y riesgo soberano, sino en encapsularlo en el balance del BCE/SEBC, convertido ya en la sentina de la Eurozona. Como han resumido con refinamiento técnico y robusto soporte cuantitativo, pero también de manera diáfana, GÓMEZ FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ ACEVEDO y NAVARRO PÉREZ, las medidas monetarias del BCE/SEBC, desde el estallido de la crisis, han abundado en la inundación de liquidez del circuito del *dinero-base* (el de las relaciones entre Bancos Centrales y comerciales) para *acomodar* a los deudores, especialmente a los Estados de la Eurozona, los más grandes de entre los grandes deudores[61]. Deja estupefacto a cualquier observador que el BCE/SEBC exigiese a los bancos comerciales una limpieza de

[57] La fecha oficial del Tratado es, en efecto, la citada de 2 de marzo de 2012 (posterior a la del segundo Tratado del MEDE), pero su contenido se consideraba plenamente acordado y cerrado tras la Reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Eurozona del 9 de diciembre de 2011. Ambos Tratados están vinculados, según se establece expresamente en sus respectivos Preámbulos, además de la previsión del Tratado del MEDE de que la efectividad de sus medidas de asistencia exige la previa ratificación del TECG.

[58] Nos sentimos disculpados de reproducir literalmente sus polémicas declaraciones en la entrevista al *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 19 de marzo de 2017, disponible en https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/chef-der-eurogruppe-dijsselbloem-will-die-troika-aufloesen-14932856.html.

[59] Debo remitirme a las muy precisas consideraciones de TUORI y TUORI (2014, pp. 133-134) sobre este aspecto.

[60] Sigo aquí, de nuevo, a TUORI y TUORI (2014, pp. 132-133). En el mismo sentido, cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ ACEVEDO y NAVARRO PÉREZ (2019, p. 123).

[61] Cfr. (2019, pp. 127-130).

activos (créditos) tóxicos en sus balances y, al mismo tiempo, admitiera como garantía colateral de sus pródigas líneas de liquidez esos mismos activos. Por si esto fuera poco, el BCE/SEBC alentó las titulizaciones masivas por las entidades de crédito de hipotecas de dudoso cobro para, a renglón seguido, comprarles casi hasta el 50% de dichas emisiones[62], lo cual supone una emulación en el escalón del *dinero-base* de las prácticas interbancarias que llevaron a la quiebra y liquidación de LEHMAN BROTHERS. ¿Y dónde ha ido a parar la liquidez proporcionada de esta guisa a los bancos comerciales? Sí, lo han adivinado: a la compra de deuda soberana de los Estados de la Eurozona que, una vez adquirida por las entidades, era comprada por el BCE/SEBC en ejercicio de su política monetaria *acomodaticia*[63]. No hay ningún asidero en el Derecho primario de la UE al que agarrarse para respaldar las actuaciones del BCE/SEBC dirigidas a recapitalizar las entidades de crédito o a financiar a los Estados miembros, más bien todo lo contario, a la vista del art. 123.1 del TFUE y del art. 23.1 de los Estatutos (Protocolo 4 del TFUE), que mantienen en sus mismos términos las prohibiciones del ya mencionado art. 101.1 del Tratado de Roma. Parece lógico preguntarse, como aquí hacemos, por las consecuencias de una ampliación tan arrolladora de las competencias de las instancias de política monetaria, así como por las credenciales de los inevitables efectos redistributivos de la regulación bancaria y financiera[64].

Conviene aclarar que los programas de compra de deuda no fueron un episodio sobrevenido o complementario de las operaciones concertadas de reacción que hemos descrito (el MEEF y el MEDE), sino que el BCE/SEBC promovió y acompañó desde el principio la actuación de los Estados miembros antes, por tanto, de que se emitiesen las primeras coberturas normativas y se modificase el TFUE. Esto supone una acción consciente en los mercados por un agente dotado de recursos ilimitados y que opera con una lógica totalmente ajena a la percepción del riesgo, lo cual supone una violación frontal, grave y flagrante de los principios constitutivos de la UE, consistente en la subversión del mercado para, supuestamente, salvar al mercado. Es necesario recordar que el BCE/SEBC tiene impuesto por el art. 2 de sus Estatutos (además de por el art. 119 TFUE) actuar "según el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia" y favorecer "una eficiente asignación de recursos". Hasta la fecha, el único efecto real y contrastado de los programas de compra de deuda ha sido la drástica disminución de los diferenciales de interés de los empréstitos soberanos[65], lo cual puede ser razonablemente interpretado no tanto como la antesala de la mejora de la economía real sino como la succión masiva de recursos de otras inversiones potencialmente rivales y verdaderamente productivas pero con mayores niveles de riesgo[66].

---

[62] Se trata del Programa de Compras de Activos Respaldados por Activos (Asset-Backed Securities Purchase Programme-ABSPP), uno de los componentes de las medidas de política monetaria no convencional del BCE/SEBC, formalmente cerrado –como los demás Programas de compra de deuda en mercados secundarios- en diciembre de 2018. Según datos agregados del propio BCE, a 31 de mayo de 2019, el saldo vivo de titulizaciones hipotecarias adquiridas con cargo al ABSPP ascendía al 46,98%, por un importe total de 12.344 millones de euros: cfr. https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html#abspp (acceso: 21 junio 2019).

[63] GÓMEZ FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ ACEVEDO y NAVARRO PÉREZ lo dicen con ejemplar sencillez, además de con un robusto aparato estadístico: "de manera *indirecta*, se financió a los soberanos al adquirir las entidades financieras deuda pública con la *liquidez sobrante* de estas operaciones" (2019, p. 129), las cursivas son mías.

[64] Este inevitable efecto redistributivo de la política monetaria es bien puesto de manifiesto por GÓMEZ FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ ACEVEDO y NAVARRO PÉREZ (2019, p. 131).

[65] Véase ALTAVILLA, CARBONI y MOTTO (2015).

[66] He de limitarme a referenciar aquí que el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, fija un coeficiente de ponderación por riesgo (CPR) del 0% para la deuda pública de los Estados de la Eurozona, del mismo modo que hicieron tradicionalmente las normas nacionales anteriores y el consenso de los Acuerdos de Basilea. Básicamente, esto significa que dicha deuda pública no consume recursos propios (capital) o, lo que es lo mismo, que los bancos pueden financiar en su totalidad la adquisición de estos activos con recursos ajenos (sobre todo, depósitos). Así pues, el apalancamiento o capacidad de endeudamiento de los bancos comerciales para adquirir deuda pública es técnicamente infinita. No puede extrañar la oposición de algunos, entre quienes me cuento, a que, con la adopción del

Señalar como origen de todo mal a las fuerzas arcanas que mueven los "ataques especulativos" en los mercados e invocar la necesidad de controlar las primas de riesgo de la deuda pública de los países de la Eurozona equivale a convertir el exorcismo financiero en herramienta ordinaria de regulación bancaria. Permítanme esbozar algunas de las consecuencias que se seguirían de esta peculiar prototeoría de la emergencia monetaria perpetua y de su no menos peculiar ortopraxis[67]:

i) Los tipos de interés de la deuda soberana –en general, de todo título valor- no reflejarían la percepción del riesgo por parte los inversores, lo cual privaría de todo sentido a los mercados financieros, sean del tipo que sean.

ii) Al eliminarse la correlación entre tipos de interés y riesgo, los títulos de deuda soberana de la Eurozona serían unos activos sin riesgo a todos los efectos, que se convertirían en una reserva de valor supuestamente garantizada. Esto último, a su vez, perpetuaría la tendencia hacia los tipos de interés negativos, excluiría cualesquiera otras clases de operaciones crediticias y agravaría el castigo al negocio de la intermediación financiera, idiosincrático del sector bancario.

iii) Como los creadores de dinero, el BCE/SEBC y los bancos comerciales, son los principales tenedores finales de deuda soberana que, además, mantienen en sus balances con unas cuantías consolidadas, la generación de déficits públicos así financiados se convertiría en la forma postmoderna de imprimir dinero.

iv) No podría extrañar que los Estados de la Eurozona planteasen la condonación de la deuda soberana –o, de una manera algo más sutil, su *repudio concertado*- por las cuantías consolidadas en el balance del BCE/SEBC ya que, desde el punto de vista de la política monetaria, tanta inflación genera la perpetuación de un saldo constante de deuda pública en el BCE/SEBC como su amortización gratuita.

v) Esta auténtica burbuja de deuda pública impediría o diferiría *sine die* la reestructuración de los sectores productivos y el saneamiento fiscal de los Estados miembros, al privarles del flujo de capitales a través de los mercados de renta variable, ya que los principales índices de referencia y los valores de capitalización de las empresas cotizadas quedarían sin márgenes reales de recuperación a niveles pre-crisis y, por tanto, sin atractivo alguno para los inversores.

vi) La toma de decisiones por parte del BCE/SEBC sobre qué deuda pública (de qué Estados de la Eurozona) ha de comprarse y por qué importes derivaría hacia el sospechoso ámbito del otorgamiento de ingresos e imposición de cargas a los contribuyentes europeos. Por poner un ejemplo extremo pero que permita captar la idea, el presupuesto de un Estado que haya emitido títulos de deuda pública con intereses negativos, fruto de la compra masiva por parte del BCE/SEBC, incrementaría sus ingresos en el momento del vencimiento por la cantidad determinada por su interés negativo, mientras que, con tipos

euro, el CPR de la deuda pública para los países de la Eurozona sea del 0%, pues esto solo tiene sentido para Estados con soberanía monetaria, o sea, que pueden emitir la moneda en la que está denominada su deuda. Según los estándares de Basilea, no se aplica el CPR del 0% a la deuda pública de los Estados denominada en moneda extranjera. Nos percatamos también de que, en estos términos, el CPR del 0% para la deuda soberana de los países de la Eurozona denominada en euros es una técnica de imposición de una desventaja competitiva a otros potenciales deudores.

[67] Me baso ahora en algunas reflexiones que me han resultado de gran utilidad: GÓMEZ BADA (2019) y RIESTRA DELGADO (2019).

positivos, incrementaría sus gastos por el importe que arroje el interés positivo.

Antes de desmenuzar con algún detenimiento las Sentencias del TJUE a las que reiteradamente nos hemos referido, permítasenos la rápida descripción de una alguna propuesta que, al menos, merece ser conocida.

3.3. Breve apunte: ¿por qué no un mecanismo paneuropeo de mercado para reestructuraciones de deuda soberana?

Esta vez no es diferente y la próxima tampoco lo será. Según propenden REINHART y ROGOFF[68], aprender esta lección es la única condición indispensable para actuar con sensatez frente a algo cuyas causas conocemos muy pobremente: los ciclos económicos, es decir, la dinámica de los flujos expansivos y recesivos. Dentro de nuestra ignorancia, sabemos que las crisis son siempre de deuda, que resultan inevitables y que solo el establecimiento de mecanismos justos y eficaces de ajuste para reconocer, repartir y sanear las pérdidas provocadas por la insolvencia permite la recuperación, además de trasladar incentivos correctos para la contención selectiva del endeudamiento en tiempos de expansión. A grandes rasgos, la apelación al mercado de capitales mediante la emisión de deuda es un instrumento ordinario de captación de recursos por parte de todos los operadores económicos, sean del sector público o del privado. Desde que se construyó la *teoría del portfolio*[69], la diversificación de las inversiones es una herramienta fundamental de gestión del riesgo por parte de los inversores, sea del de rentabilidad (acciones y cualquier otra forma de participación en fondos propios) sea del de solvencia (deuda y, en general, pasivos exigibles). Si bien deberíamos hacer una distinción entre deuda del sector público y deuda del sector privado, nos referiremos en exclusiva a la primera.

La vinculación de la deuda pública –como elemento de la balanza fiscal- con el sistema bancario se fortalece conforme crece su concentración en los balances de los bancos comerciales, por lo que resulta más fácil e inmediata la transmisión de la insolvencia soberana al sector crediticio y, por tanto, al sistema monetario y a la así llamada economía real[70]. Pero el contagio funciona también a la inversa ya que, cuando los operadores productivos disminuyen la generación de recursos, reducen su capacidad de pago de obligaciones y de contribución fiscal, se deteriora la calidad del endeudamiento que tienen contraído y, con él, los activos de sus prestamistas y acreditantes, normalmente bancos comerciales, que ven doblemente mermados sus balances, ya que sus prestatarios y acreditados demuestran una menor capacidad de pago, incluidos sus deudores soberanos[71]. Como respecto de cualquier otro evento potencialmente lesivo, frente al riesgo de insolvencia soberana pueden hacerse dos cosas, anticiparlo mediante descuento o camuflarlo; la primera opción anticipa el riesgo, lo trae a presente, la segunda lo difiere y, por tanto, traslada la efectividad de la pérdida a un momento posterior. Ya hemos visto que la estrategia de la regulación bancaria para el riesgo de insolvencia soberana consiste en camuflarlo o, para ser más precisos, en negarlo. Prueba nítida de esto es la declaración formal de la deuda soberana, sea cual sea el país que la emite, como activos libres de riesgo en los balances de los bancos comerciales lo cual constituye, a la vista de la crisis de la Eurozona, una mentira regulatoria palmaria. Esto significa, entre otras cosas,

[68] Si alguna obra de las que he citado en este trabajo merece el calificativo de indispensable es, sin duda, la de estos dos autores (2009).

[69] Su formulador originario fue MARKOWITZ (1952).

[70] Sigo aquí la exposición de TIRADO MARTÍ (2015). Una reciente aproximación a la reestructuración de deuda pública y a su papel central en el funcionamiento de la Eurozona es la de TSOMOCOS y WANG (2019).

[71] El tratamiento que ofrece CALVO VÉRGEZ (2017) de este fenómeno de contagio bidireccional me parece, además de enciclopédico, muy riguroso.

que los bancos tenedores nunca se ven obligados a corregir contablemente el valor de sus títulos de deuda pública mediante la dotación de provisiones por deterioro de activos y el correlativo reconocimiento de pérdidas. Otra consecuencia consiste en que la deuda pública es aceptada sin restricciones como garantía colateral de las operaciones de pasivo interbancarias, o sea, entre bancos comerciales y entre estos y sus Bancos Centrales[72].

Los *defaults* soberanos, con sus diversas variantes y manifestaciones, son constantes en la historia económica y, por mucho que pretendamos ocultarlo, en absoluto es un fenómeno exclusivo de Estados fallidos o poco desarrollados, como lo demuestra la crisis de la Eurozona o, fuera de ella, de Islandia[73], donde se han aplicado las técnicas propias de los mecanismos de mercado que a continuación mencionamos. Ahora bien, es de la máxima importancia puntualizar, con REINHART y ROGOFF, que, aunque se emplee la palabra insolvencia, hay una diferencia fundamental cuando se aplica a los operadores económicos de mercado y cuando se aplica a los Estados: en el primer caso, se trata de una *incapacidad* del deudor, presente o inminente, de atender de manera ordinaria el pago de sus obligaciones corrientes con arreglo al criterio de empresa en funcionamiento; en el segundo, de "la decisión estratégica del deudor de que el pago [completo de la deuda] no merece el sacrificio que tal cosa exigiría"[74].

Llama la atención que la propuesta de instaurar un mecanismo de mercado, no jurídico-público o regulatorio, para el arreglo y reestructuración de la deuda soberana en la Eurozona haya pasado inadvertida y continúe relegada a una posición minoritaria, aunque lo explicado hasta este momento ayuda a entender la resistencia generalizada.

El denominado *resolvency model*[75] –sus proponentes insisten en que se trata de un neologismo- es una estructura institucional basada en la denuncia o declaración de insolvencia que da lugar a un procedimiento de acción colectiva mediante el llamamiento a todos los tenedores de deuda soberana de un país o países, con la consiguiente espera, diferimiento del vencimiento y suspensión del devengo de intereses y, en su caso, quitas sobre principales e intereses, entre otras medidas de reestructuración. Hay que aclarar que una solución de este tipo está prevista en las dos estructuras de asistencia financiera ya mencionadas aquí, el MEEF y el MEDE, pero como medida subsidiaria, excepcional, impracticable y, de hecho, nunca llevada a la práctica en la Eurozona[76]. En esencia, los Tratados del MEEF y del MEDE imponen la obligación a los Estados firmantes de incluir cláusulas de acción colectiva y de reestructuración en las emisiones de deuda pero, al exigirse la unanimidad entre los tenedores de la deuda y no estar previstas instancias organizadas ni procedimientos de activación, tramitación y resolución, deviene inviable un ágil, ordenado y eficaz tratamiento de las situaciones de crisis. Se trataría, según los proponentes, de hacer compatibles los citados mecanismos de estabilidad financiera, una vez reformados, con la reestructuración voluntaria y coordinada colectivamente. Resumimos los elementos fundamentales de esta estructura institucional[77] que, por otra parte,

---

[72] De nuevo, véase TIRADO MARTÍ (2015, pp. 2475-2481). REINHART y ROGOFF (2009, p. 66) ponen también el énfasis en esta nueva función de los títulos de deuda pública en el funcionamiento de los sistemas bancarios modernos, especialmente en la faceta de dación de liquidez a las entidades de crédito.

[73] Puede verse, a este respecto, el trabajo de MÉNDEZ PINEDO (2013).

[74] REINHART y ROGOFF (2009, p. 59), la traducción es mía.

[75] Los principales formuladores del esquema son PAULUS y TIRADO MARTÍ (2013). El tratamiento de prolegómenos y demás aspectos más o menos colaterales podrá encontrarse en otros trabajos: TIRADO MARTÍ (2012), BUCHHEIT, GULATI y TIRADO MARTÍ (2013). La expresión podría ser, según supongo, una combinación de dos palabras inglesas, *resolution* (resolución) y *solvency* (solvencia), con la que se indicaría la idea de reestructurar para facilitar el regreso a la solvencia del Estado en cuestión: cfr. PAULUS y TIRADO MARTÍ (2013, p. 8, con nota 16).

[76] Cfr. TIRADO MARTÍ (2012, pp. 14 y ss.).

[77] Baso mi resumen en PAULUS y TIRADO MARTÍ (2013).

están inspirados en otras ya existentes, típicamente en la esfera del Fondo Monetario Internacional:

- En primer lugar, la reforma de los instrumentos de asistencia MEEF/MEDE iría orientada a eliminar la configuración *contractual* de las ayudas de reestructuración, que requiere, según hemos anticipado, la total unanimidad de los tenedores en la aceptación de las condiciones[78], que quedaría sustituida por decisiones colectivas adoptadas por mayoría de cuotas de participación en la totalidad de las emisiones de deuda.
- En segundo término, los fondos aportados con cargo al MEEF/MEDE dejarían de tener preferencia frente a los demás acreedores (del sector privado) y de quedar excluidos de las quitas que pudieran acordarse, ya que esto supone una lesión de la regla *par condicio creditorum*.
- A semejanza del régimen del célebre Chapter 11 del US Bankruptcy Code, el procedimiento de *resolvency* "no es más que una invitación a las partes a negociar", sin predeterminar cuál sea su respuesta ni el contenido de las negociaciones[79]. Los incentivos de conjunto para la aceptación de la aplicación del procedimiento serían los indicados en el siguiente punto.
- Los requisitos para un buen funcionamiento del mecanismo de *resolvency* serían: *a)* la instauración de un órgano cuasi-jurisdiccional e independiente, tanto de los Estados miembros de la UE como del propio BCE/SEBC; *b)* unas normas básicas de procedimiento para la tramitación de asuntos en dicha instancia; *c)* la inclusión obligatoria de una cláusula de sumisión al mecanismo de *resolvency* en todas las emisiones de deuda soberana de la Eurozona.

Es evidente que un marco de reestructuración de este tipo va dirigido, precisamente, a asegurar lo contrario de lo conseguido por las compras masivas de deuda soberana por el BCE/SEBC: que el interés de las emisiones soberanas refleje realmente el riesgo de la inversión según es percibido por los mercados[80]. Las medidas de quita, espera, reestructuración, agrupación y novación que se adopten en sede de la instancia cuasi-jurisdiccional son, en suma, respuestas no liquidativas de acción grupal que, al tiempo que protegen a los Estados emisores, les compelen a recuperar la confianza de los inversores y operadores de los mercados mediante la adopción de las medidas de política fiscal y económica de retorno al crecimiento sano.

4. Glosas de la jurisprudencia Pringle-Gauweiler-Weiss del TJUE

Para organizar este apartado, hacemos un breve resumen de cada una de las tres Sentencias y dedicamos un último epígrafe a la exposición, según nuestro personal entendimiento, de la línea jurisprudencial sentada por el TJUE. Así quedarían mejor enmarcados los conflictos resueltos por el Tribunal en los momentos clave de la crisis de la Eurozona, las decisiones y

[78] En esencia, esta configuración del MEEF/MEDE va dirigida a garantizar un alto nivel de influencia política en las operaciones de reestructuración para evitar que los acreedores disidentes puedan salirse del acuerdo y ejecutar las garantías de sus posiciones acreedoras sobre las ayudas o transferencias al Estado deudor con cargo al propio MEEF/MEDE: este aspecto concreto es analizado en BUCHHEIT, GULATI y TIRADO MARTÍ (2013).

[79] PAULUS y TIRADO MARTÍ (2013, p. 8).

[80] Cfr. PAULUS y TIRADO MARTÍ (2013, p. 32).

actuaciones del BCE/SEBC y las reacciones provocadas, al tiempo que se percibiría más claramente su entrelazamiento a través de un hilo argumental común. Como anticipé al principio, la Sentencia del BVG de 5 de mayo de 2020, de la que no puedo ocuparme ahora y que solo trataré de soslayo, condensa, en términos de contrapunto, el debate sobre las principales cuestiones de fondo abordadas por el TJUE en estas tres Sentencias. El BVG ha jugado un papel de originador de dos de ellas para, mediante una Sentencia disruptiva y polémica, tanto en el fondo como en la forma, hacerse con la última palabra en el debate, al menos por el momento.

4.1. Los instrumentos intergubernamentales o extracomunitarios (MEEF/MEDE) y la reforma del art. 136 TFUE: la Sentencia *Pringle*

La cuestión prejudicial atendida por la Sentencia Pringle, del Pleno del TJUE, de 27 de noviembre de 2012, recaída en el Asunto C 370/12, se tramitó por el procedimiento acelerado. Fue promovida en el marco de un recurso contra una sentencia de la Supreme Court (Irlanda) interpuesto por el Sr. Pringle, parlamentario irlandés, en el litigio entre el citado demandante, por una parte, y el Gobierno de la República de Irlanda y su Fiscal General, por otra, en el que solicitó se declarase que la modificación del artículo 136 TFUE por el artículo 1 de la Decisión 2011/199 –a la que ya hemos aludido anteriormente, como se recordará- es contraria al TFUE y que, al ratificar, aprobar o aceptar el Tratado constitutivo del MEDE, Irlanda adquiriría obligaciones incompatibles con los Tratados en los que se fundamenta la UE. La petición de decisión prejudicial tenía por objeto que el TJUE resolviese sobre la validez de la Decisión 2011/199/UE, que formulase una interpretación de algunos preceptos clave del Tratado de la Unión Europea (TUE, arts. 2, 3, 4.3 y 13) y del TFUE (arts. 2.3, 3.1.c, 3.2, 119 a 123 y 125 a 127) y de los principios generales de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica. No entraremos en el detalle del contenido de la Sentencia[81] pero sí en los dos aspectos que más directamente nos interesan.

El apartado 25 de la Sentencia cita uno de los argumentos principales de la demanda del Sr. Pringle: "al establecer el MEDE, los Estados miembros cuya moneda es el euro crean para sí mismos una institución internacional autónoma y permanente con la finalidad de eludir las prohibiciones y las restricciones enunciadas por las disposiciones del Tratado FUE relativas a la política económica y monetaria". A esto responde el TJUE que el MEDE no incide en la competencia exclusiva de la UE en política monetaria (estabilidad de precios), ya que afecta solamente a la política económica y a su coordinación: "evidentemente, la concesión de una ayuda financiera a un Estado miembro no forma parte de la política monetaria" (dice la Sentencia en su apartado 57). Y, más adelante: "el mecanismo de estabilidad cuyo establecimiento prevé el artículo 1 de la Decisión 2011/199 constituye un aspecto complementario del nuevo marco normativo para el reforzamiento de la gobernanza económica de la Unión" (apartado 58). Y despacha el TJUE la cuestión del siguiente modo: "se ha de concluir que el establecimiento del referido mecanismo está incluido en el ámbito de la política económica" (apartado 60).

En segundo razonamiento de interés para nosotros es el modo en que la Sentencia refuta un argumento empleado por el Sr. Pringle en el litigio principal, consistente en lo siguiente: "la concesión de una asistencia financiera a los Estados miembros cuya moneda es el euro o la recapitalización de sus instituciones financieras, así como los préstamos necesarios al efecto, en la magnitud prevista por el Tratado MEDE, *aumentarían la cantidad de euros en circulación*.

[81] Hay bastantes análisis de la Sentencia disponibles, entre otros, los de AGUILAR CALAHORRO (2014), SERRANO PÉREZ (2013), HINOJOSA MARTÍNEZ (2014), ORDÓÑEZ SOLÍS (2013) y LO SCHIAVO (2013). Sin llegar a desgranar todo el contenido de la Sentencia, me han parecido útiles las observaciones de SCHILLIG (2016, pp. 346-351) y LASTRA (2016, p. 114), ambos en relación con la configuración jurídica del MEDE.

Ahora bien, los Tratados en los que se fundamenta la Unión *confieren al BCE la potestad exclusiva de regular la masa monetaria en la zona del euro*. Según esa argumentación, esos últimos Tratados no permiten que una segunda entidad ejerza esas funciones y actúe en paralelo al BCE, fuera del marco del ordenamiento jurídico de la Unión. Por otro lado, *el aumento de la masa monetaria tiene una influencia directa en la inflación*. Por tanto, las actividades del MEDE podrían tener incidencia directa en la estabilidad de los precios en la zona del euro, lo que afectaría al núcleo mismo de la política monetaria de la Unión"[82] (apartado 93), que es competencia exclusiva del BCE/SEBC. La respuesta del TJUE es que "las actividades del MEDE no forman parte de la política monetaria a la que se refieren esas disposiciones del Tratado FUE" (apartado 95); "*el MEDE no tiene como objetivo mantener la estabilidad de los precios* sino que pretende satisfacer las necesidades de financiación de los miembros del MEDE"; "*el MEDE no está habilitado para fijar los tipos de interés oficiales para la zona del euro ni para emitir euros*, debiendo financiarse la totalidad de la asistencia financiera que conceda, con observancia del artículo 123 TFUE, apartado 1, con capital desembolsado o mediante la emisión de instrumentos financieros"[83] (apartado 96).

Otra alegación del Sr. Pringle en el litigio principal que tiene interés para nosotros viene relatada en el apartado 108 de la Sentencia: "el Tratado MEDE constituye una modificación y una subversión fundamentales del ordenamiento jurídico que rige la unión económica y monetaria y es incompatible con el Derecho de la Unión. El demandante en el litigio principal subraya que, del segundo considerando de la Decisión 2011/199[84], resulta que el propio Consejo Europeo estimó que la creación de un mecanismo de estabilidad permanente requería una modificación del Tratado FUE" (modificación que, como sabemos, se llevó efectivamente a cabo). Es rechazada por el TJUE de manera expeditiva: el MEDE es un mero instrumento de financiación, aunque confiere apoyos condicionados a ajustes macroeconómicos (apartado 111).

Por último, otra de las alegaciones del Sr. Pringle en el litigio principal fue la vulneración del art. 123 TFUE, que prohíbe al BCE y a los Bancos Centrales nacionales prestar a los Estados miembros o adquirir directamente instrumentos de deuda pública. Para el TJUE, el art. 123 TFUE se dirige específicamente al BCE y a los citados Bancos, pero no a los Estados miembros que, como es obvio, sí pueden prestarse entre sí (apartado 125). La Sentencia no entra en la discusión de si pudiera entenderse que, aunque sean los Estados miembros los que se prestan entre sí y que el vehículo jurídico para la instrumentación de las relaciones crediticias es el propio MEDE -organización dotada de personalidad jurídica propia, separada e independiente de los Estados aportantes de fondos-, podríamos estar ante un *fraude al Derecho primario de la UE*, al permitirse que los países miembros y la misma UE consigan por otra vía aquello que les está prohibido hacer por su ordenamiento propio.

4.2. Anuncio del primer programa de compra de deuda soberana por el BCE/SEBC: la Sentencia *Gauweiler*

Si la Sentencia del caso Pringle se centró en los problemas de encaje legal de los mecanismos de asistencia *externos* a la UE, la del 16 de junio de 2015 (*Peter Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag*, recaída en el Asunto C-62/14), de la Gran Sala, hizo lo propio con ocasión del

[82] Las cursivas son nuestras.

[83] Las cursivas son nuestras.

[84] Dice, en efecto, el segundo Considerando, que: "En la sesión del Consejo Europeo de los días 28 y 29 de octubre de 2010, los Jefes de Estado o de Gobierno convinieron en la necesidad de que los Estados miembros estableciesen un mecanismo permanente de crisis para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto, e invitaron al Presidente del Consejo Europeo a emprender consultas con los miembros del Consejo Europeo en relación con una modificación limitada del Tratado, necesaria para ello".

anuncio del lanzamiento de los programas de compra de deuda del BCE/SEBC. Objeto de numerosos comentarios[85], también concentraremos nuestra atención en lo más relevante para nuestros propósitos.

Hemos de considerar plenamente respaldada por el Derecho de la UE y pacíficamente aceptada la idea de que si el BCE/SEBC financiase a los Estados de la Eurozona mediante líneas de crédito individualizadas estaríamos ante una monetización directa y explícita de la deuda pública europea. La bien conocida propuesta de la emisión de *eurobonos* supondría mutualizar el endeudamiento de los Estados miembros y, por tanto, dotaríamos a la UE de algo que todavía no tiene, una autoridad fiscal propia, responsable de un presupuesto único, nutrido por impuestos y deuda[86]. Las denominadas *operaciones de mercado abierto* o de política monetaria no convencional fueron consideradas y definidas por el BCE algo más tarde que la Reserva Federal de EEUU, concretamente en 2010, con el lanzamiento del primer programa de compra de bonos soberanos, el SMP (Securities Market Programme), antecedente inmediato del OMT (Outright Monetary Transactions), cuyo anuncio el 2 de agosto de 2012[87] y posterior definición de condiciones[88] constituye el origen del conflicto resuelto por la Sentencia Gauweiler. Esto significa que el litigio ante el Tribunal Constitucional alemán se inició antes de que el programa OMT se llevase a efecto y que, de hecho, las compras de deuda soberana con cargo a este programa nunca se llevaron a la práctica, probablemente por la sola interposición de esta impugnación -o, al menos, en buena medida-, aunque podría decirse que el mero anuncio surtió los mismos efectos que su puesta en práctica real[89].

No nos detendremos en la más que sugerente cuestión jurídico-procesal de que el objeto originario de la *litis* en el Tribunal nacional *a quo* fuera, precisamente, el simple anuncio de lanzamiento del programa OMT y no sus instrumentos normativos y ejecutivos ni su implementación por el BCE/SEBC –que, como acabamos de decir, nunca tuvo lugar-. Tan solo nos interesa saber que la impugnación del anuncio de lanzamiento del OMT ante el Tribunal Constitucional Alemán fue admitida a trámite y que, en el curso del procedimiento iniciado,

---

[85] Algunas de las reseñas que sigo y referencio aquí son las de HOFMANN (2015) y (2018), HINAREJOS PARGA (2015), SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO (2015), CRAIG y MARKAKIS (2016), TRIDIMAS y XANTHOULIS (2016) y ESTELLA DE NORIEGA (2018b).

[86] Este aspecto es bien analizado por LASTRA (2016, p. 117). Es conocido el debate, vivo y actual, en torno a los *eurobonos*; en este sentido, ha dicho CALVO VÉRGEZ –que se declara abiertamente partidario - que "los recientes avances logrados constituyen un paso adelante para alcanzar, quizás en un futuro próximo, una emisión conjunta de deuda como un elemento más del progreso de la unión fiscal. Y, en el supuesto de que ello no resultase posible, habrán de estudiarse otras alternativas tales como la emisión de euroletras o la creación de un *fondo de amortización* para poner en común la deuda del conjunto de los Estados miembros que supere un determinado nivel respecto al PIB. Creemos firmemente que dichas posibles opciones habrían de ser gestionadas por un Tesoro europeo creado al efecto" (2016, p. 342, cursiva en el original).

[87] El anuncio fue precedido por la comparecencia pública de M. DRAGHI del 26 de julio, con ocasión de la UK Trade&Investment Global Investment Conference, celebrada en Londres, en la que pronunció su ya célebre: "within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro and, belive me, it will be enough": véase la reseña de prensa disponible en https://www.kfw.de/KfW-Group/Newsroom/Latest-News/News-Details_426753.html, así como el video con las palabras textuales en https://www.youtube.com/watch?v=W97hM8eCE5g. La nota de prensa del BCE previa al anuncio del 2 de agosto de 2012, titulada "Introductory statement to the press conference (with Q&A)", está disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2012/html/is120802.en.html.

[88] Hechas públicas mediante la Nota de Prensa del BCE "Technical features of Outright Monetary Transactions", del 6 de septiembre de 2012, disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html.

[89] Esta es, al menos, la valoración que hace DRAGHI (2019, p. 3): "While OMT was never activated, the effect of its announcement was equivalent to that of a large-scale asset purchase programme: spreads in vulnerable countries fell on average by more than 400 basis points over the next two years. The macroeconomic impact of OMT was also analogous to other purchase programmes: ECB research finds that the GDP and price effects of OMT were broadly in line with those estimated for the QE that took place in the United States and the United Kingdom".

dicho Tribunal planteó al TJUE, en 2014, una serie de cuestiones prejudiciales[90]. Para el Tribunal *a quo*, en relación con el programa anunciado por el BCE, se suscitaban las siguientes dudas sobre las que se pedía pronunciamiento: *a)* la posible actuación *ultra vires* del BCE consistente en la invasión de las competencias sobre política económica, exclusivas de los Estados miembros; *b)* la violación de la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros por parte del BCE, contenida en el art. 123 TFUE; *c)* la potencial vulneración de los poderes presupuestarios de las legislaturas nacionales, en tanto que las eventuales pérdidas procedentes de la deuda pública adquirida podrían provocar la situación de insolvencia del BCE/SEBC, que se trasladaría a la de sus accionistas, los Estados miembros[91].

En esencia, la Sentencia Gauweiler viene a ser una paradójica continuación de Pringle, a la que cita de manera expresa. Si, en Pringle, el TJUE había dicho, respecto de los mecanismos de asistencia financiera (MEEF/MEDE), que ni son instrumentos de política monetaria ni suponen una coordinación de la política económica de los Estados miembros al margen de las instancias de la UE, en Gauweiler, el TJUE afirma que "el hecho de que la adquisición de bonos soberanos en los mercados secundarios a condición de respetar un programa de ajuste macroeconómico haya podido considerarse incluida en el ámbito de la política económica cuando la lleva a cabo el MEDE (véase, en este sentido, la sentencia Pringle, apartado 60) no implica que la conclusión deba ser la misma cuando el SEBC utiliza este instrumento en el marco de un programa como el que se anunció en el comunicado de prensa" (apartado 63). De lo cual se sigue, según el TJUE, que "resulta decisiva la diferencia entre los objetivos que persigue el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los que persigue el SEBC (…). Mientras que (…) un programa como el discutido en el litigio principal sólo puede aplicarse en la medida necesaria para mantener la estabilidad de precios, la intervención del MEDE pretende, por su parte, salvaguardar la estabilidad de la zona euro, objetivo que no está comprendido en el ámbito de la política monetaria (véase, en este sentido, la sentencia Pringle, apartado 56)" (apartado 64). De aquí se sigue la asombrosa consecuencia de que la diferenciación entre política económica y política monetaria depende del sujeto que aplica la medida y de los objetivos que el Derecho primario de la UE atribuye a ese sujeto, no del tipo de medidas ni de los efectos reales que las medidas producen, que pueden ser los mismos[92].

Interesa hacer notar que, si bien el planteamiento de las cuestiones prejudiciales en Gauweiler creó un ambiente de pendencia judicial, el BCE no esperó a que el TJUE la resolviera y aprobó, el 22 de enero de 2015, con fecha efectiva de inicio de operaciones el 9 de marzo y por un importe máximo total de 100.000 millones de euros, la compra de títulos de deuda pública y de deuda privada corporativa para revitalizar la economía de la Eurozona y contrarrestar la deflación[93]. Pero, en tanto que quedaba pendiente la efectividad del programa OMT por el BCE

---

[90] García-Andrade ofrece un completo y detallado relato del Auto de la Sala Segunda, de 14 de enero de 2014 (BVerfG, 2 BvR 2728/13), por el que el *Bundesverfassungsgericht* (BVG/BVerfG) planteó la citada cuestión prejudicial ante el TJUE: (2014a, pp. 267-268) y (2014b). Muy interesante también es la descripción del contexto que ofrece Hofmann (2015, pp. 1-2).

[91] No sería impertinente mencionar las resonancias evidentes que el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por el Tribunal Constitucional alemán en los casos Gauweiler y Weiss tiene con la bien conocida Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 12 de octubre de 1993, sobre el caso Brunner, con ocasión de la ratificación por Alemania del Tratado de Maastricht: cfr. BVerfG, Az. 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155.

[92] Aunque no tenemos ocasión para perdernos en los laberintos argumentales del TJUE, no nos resistimos a hacer notar que la Sentencia Pringle, para justificar la presencia del BCE para la instrumentación del MEDE, dice que "Las funciones atribuidas al BCE por el Tratado MEDE concuerdan con las diferentes misiones que el TFUE y los Estatutos del SEBC confieren a esa institución. (…). Por otro lado, del artículo 6.2 de los Estatutos del SEBC resulta que el BCE está facultado para participar en instituciones monetarias internacionales" (apartado 165). De esto podríamos deducir que, según el TJUE, el MEDE es una entidad que ejerce no una política económica sino monetaria, lo cual es manifiestamente contradictorio con la afirmación que acabamos de recoger del apartado 64 de la Sentencia Gauweiler.

[93] Cfr. Lastra (2016, pp. 118-119). Véase también la nota de prensa disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150122_1.en.html.

–recordemos que tan solo había un anuncio-, se abría otra ocasión de plantear una oposición, y así lo hicieron los mismos litigantes.

4.3. La ejecución y ampliación de los programas de compra de deuda soberana y confirmación de *Pringle* y *Gauweiler*: la Sentencia *Weiss*

El Tribunal Constitucional alemán volvió a plantear una petición de decisión prejudicial al TJUE con ocasión de una impugnación análoga, promovida casi por los mismos recurrentes que en el caso Gauweiler, ahora contra las Decisiones de implementación de los programas de compra de deuda del BCE/SEBC: la Decisión (UE) 2015/774 y la Decisión (UE) 2017/100. La primera de ellas establecía las condiciones detalladas del OMT y la segunda hacía lo propio con el programa que lo sustituyó, el Public Sector Purchase Programme (PSPP). Las cuestiones formuladas por el Tribunal *a quo* fueron idénticas que en el caso Gauweiler. No puede extrañar que la Gran Sala, mediante esta Sentencia de 11 de diciembre de 2018 (Asunto C-493/17), ofrezca una confirmación en toda regla de la doctrina Gauweiler y Pringle. Aunque, por razones de tiempo, no haya sido todavía objeto de mucha atención[94], nos permitimos pensar que, dada la ausencia de adiciones argumentales por parte del TJUE, va a ser difícil que reclame una atención semejante a las de sus precedentes y que no sea la de hacer notar su alcance claramente conformador de jurisprudencia.

Los apartados 103 y 104 de la Sentencia Weiss, con citas expresas de Gauweiler y Pringle, reafirman la facultad del BCE/SEBC de comprar a los acreedores de los Estados miembros títulos de deuda, ya que los adquiere indirectamente, es decir, en los mercados secundarios y con la condición de que no suponga, de facto, un efecto equivalente al de la adquisición directa de dichos títulos a los emisores bonos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros. Se añade la cautela de que el BCE/SEBC "debe adoptar garantías suficientes para conciliar su intervención con la prohibición de la financiación monetaria prevista en el artículo 123 TFUE, de modo que tal programa no sea capaz de neutralizar en los Estados miembros beneficiarios la incitación a aplicar una sana política presupuestaria, que es el objetivo de dicha disposición" (apartado 106).

4.4. Razones y contra-razones de una asimetría indispensable

La pregunta principal que debemos responder es qué factura de Unión Europea queremos, y esto incluye contestar qué tipo de Unión Monetaria y en qué medida identificamos la una con la otra. Hasta el momento, la pertenencia de un Estado a la Unión Europea no conlleva por sí misma la pertenencia a la Eurozona, y viceversa, la adopción del euro por un Estado, no comporta su pertenencia a la UE, ni tan siquiera potencial o tendencialmente[95]. En lo que concierne a la Unión Monetaria, la cuestión no quedaría expresada en términos correctos sin decidir si se trata de que el BCE/SEBC esté configurado y actúe de la misma manera que lo han hecho los Bancos Centrales de los Estados miembros antes de la Unión Monetaria, es decir, con arreglo al patrón un Estado/un Banco Central. Mi respuesta respecto de esto último es

[94] De momento, la única reseña que conocemos es la de PALÁ LAGUNA (2019). HOFMANN anticipó en cierta medida, tan solo unos meses antes de la Sentencia, el fallo del TJUE en el caso Weiss (2018).

[95] Un caso –que podría considerarse, tal vez, un tanto extravagante- de Estado que no pertenece a la UE pero que ha adoptado el euro como moneda de curso legal es el Principado de Andorra, según el Acuerdo Monetario entre la Unión Europea y el Principado de Andorra (2011/C 369/01), de 30 de junio de 2011, publicado en el DOUE del 17 de diciembre de ese mismo año. Me ha parecido ilustrativo y útil el análisis que ofrece ESTELLA DE NORIEGA (2018a, pp. 52 y ss.) sobre el acceso y salida de los países miembros y no miembros de la UE al euro.

claramente negativa, ya que considero que debe preservarse una asimetría constitutiva e indispensable.

No es este el lugar para exponer por extenso esta idea, por lo que me limito a decir que, según la arquitectura constitucional de la UE, el proceso de integración no tiene, ni como fin ni como medio, la pérdida, siquiera parcial, de competencias fiscales por los Estados miembros, que les pertenecen en exclusiva y en términos estrictamente soberanos, con la correlativa responsabilidad exclusiva frente a sus ciudadanos y contribuyentes. Considero que la creación de un macro-Estado, como magma final de un proceso de fusión de los Estados actuales, es una distopía contraria a la idea de una Europa unida. Sostengo, por tanto, que hay una polaridad esencial entre el BCE/SEBC, como una única instancia reguladora del sector bancario y competente en exclusiva sobre la política monetaria, por un lado, y los Estados miembros –estén o no en la Eurozona- junto con la propia UE (a través del Consejo) con competencias, en parte exclusivas y en parte concurrentes, sobre la política fiscal y económica. Una consecuencia de dicha polaridad es la prohibición de financiación monetaria y, con ella, de la compra de deuda soberana por parte del BCE/SEBC, ya que tal compra supone inevitablemente el correlativo incremento de la masa monetaria, según hemos explicado aquí. Tanto si la compra es directa, en mercado primario, como si es indirecta, en mercado secundario, se produce la creación de dinero o monetización y, al mismo tiempo, es la propia Autoridad Monetaria Única quien distorsiona el funcionamiento de los mercados y la formación de precios (diferenciales de interés exigidos a las emisiones) al perturbar la percepción del riesgo de insolvencia soberana por parte de los inversores, lo cual impide el único control heterónomo posible sobre la viabilidad de las balanzas presupuestarias de los Estados miembros y, por tanto, del desempeño de sus competencias fiscales[96]. En esto radica la única opción para restringir la repercusión intergeneracional de cargas mediante los déficits fiscales y el endeudamiento público y, por tanto, la consecución de balanzas presupuestarias realmente sostenibles. La disciplina fiscal no es requisito suficiente para el crecimiento económico, pero sí es una condición indispensable.

La fuerte independencia de la que el BCE/SEBC está dotado en el Derecho primario de la UE juega en el proyecto de integración europea un papel tan original como imprescindible, que no replica ni la posición ni las funciones que, tanto *de iure* como *de facto*, tienen los Bancos Centrales respecto de sus Estados respectivos, que deben considerarse difuntas en el ámbito de los países de la Eurozona desde el mismo momento de la institución de la moneda única y de la Autoridad Monetaria Única Europea. Esto convierte en difíciles, complejos y ricos a todos los procesos de formación de políticas públicas en materia fiscal y económica, que deberán ser definidas e implementadas por cada uno de los Estados miembros, coordinados en el seno del Consejo y con arreglo a las competencias de cohesión y coordinación de la UE. El papel de apoyo de la política fiscal y económica que el Derecho primario de la UE confiere al BCE/SEBC ha de darse siempre, según entiendo, con respeto de la economía de mercado y para el fomento de balanzas presupuestarias saneadas. La compra masiva de deuda soberana por el BCE/SEBC vulnera ambos estándares, ya que altera sustancialmente y de forma deliberada el funcionamiento de los mercados de capitales e incentiva el mantenimiento de déficits fiscales crónicos y crecientes. En esto consiste la monetización de los déficits presupuestarios financiados por la emisión de deuda pública. Habremos de reconocer que el éxito de la Autoridad Monetaria Europea en la consumación simultánea de ese doble incumplimiento de su misión corporativa mediante los programas de compra de deuda soberana ha sido patente. Conocemos de antemano la respuesta que nos dará un político democráticamente elegido a la pregunta de qué prefiere, si explicarle a sus electores que paguen más impuestos para preservar el nivel de prestaciones que reciben del sector público o emitir deuda pública para financiar el desfase provocado entre el nivel de ingresos fiscales y el gasto público. La única forma conocida

[96] Esta idea, por desgracia casi olvidada, fue expuesta con enorme precisión por POIARES MADURO (1998, p. 103).

de garantizar el buen funcionamiento de las preferencias intertemporales en el ámbito presupuestario es la señal que los mercados proporcionan mediante los tipos de interés del endeudamiento público.

En mi opinión, han de ser los Estados miembros, a través de mecanismos intergubernamentales y extracomunitarios, quienes presten la asistencia financiera que consideren necesaria y aceptable a otros Estados miembros. Además, el BCE/SEBC no debe participar ni en la definición de esa asistencia ni en su implementación. La compra de deuda soberana debería estar expresa y claramente prohibida por el Derecho primario de la Unión Europea, sea en el mercado primario o en el secundario, justamente porque la monetización de los déficits fiscales y la mutualización del riesgo de *default* soberano son consecuencias irrefutables. Arbitrar un procedimiento paneuropeo de mercado para la reestructuración de deuda soberana alineado con el citado mecanismo de asistencia constituye una exigencia de atención inaplazable.

La supuesta capacidad infinita de creación de dinero por los Bancos Centrales está en la base de toda posición permisiva hacia sus programas de compra de deuda pública[97]. La monetización de los déficits fiscales de la Eurozona a través de este mecanismo no consiste en otra cosa que en trasladar al balance del BCE/SEBC el riesgo de impago soberano. Un acierto destacable del Tribunal Constitucional alemán ha consistido, justamente, en señalar la corresponsabilidad de los Estados de la Eurozona en las pérdidas en que incurriría un BCE/SEBC quebrado como consecuencia de los *defaults* soberanos y en la ruptura, probablemente irreparable, de la legitimidad política que nace de la representatividad democrática para las balanzas fiscales nacionales. Al margen de otras consideraciones -cuya importancia no pretendo negar-, la dación de razones exigida al BCE por la Sentencia del BVG del pasado 5 de mayo me parece algo tan elemental que sorprende que quien ha sido requerido lo considere una ofensa, tal vez por sentirse dispensado de fundamentar sus decisiones mediante un lenguaje inteligible, exigencia que queda muy lejos de haber sido satisfecha con la comunicación de las minutas de las sesiones del Governing Council en las que se aprueban los Programas de compra de activos[98].

Al ser el dinero la representación semiótica del valor, la estrategia de crear dinero mediante la ilimitada emisión de deuda pública destruye la eficacia representativa del signo y, con él, el signo mismo. Conforme se hace palmario que la ausencia de valor es contrarrestada con algo que no lo causa, transmite o preserva, resulta evidente que se emplea un signo vacuo. La compra por el BCE/SEBC de la deuda soberana que financia los déficits fiscales de los Estados de la Eurozona supone una concentración sin precedentes del riesgo de *default* soberano en el balance del titular exclusivo de la política monetaria de la UE. Pero la eventual quiebra del BCE/SEBC sería, ante todo, una quiebra de sentido, de significado, de representación, de legitimación, de confianza.

Hay, ciertamente, visiones bien distintas de esta. Es conocida la liderada por DE GRAUWE, que sugiere que los programas de compra de deuda pública en mercados secundarios por el BCE/SEBC es una técnica de dación de liquidez a sus tenedores (en especial, los bancos comerciales, pero no exclusivamente a ellos) y no de financiación monetaria de los Estados emisores, que solo tendría lugar si la compra se produjese en el mercado primario[99]. Esta

---

[97] Así, por ejemplo, dice HOFMANN, en relación con la alegación del Tribunal Constitucional alemán, que el BCE "has de power to create money, and thus is most unlikely ever to go bankrupt" (2018, p. 25).

[98] NICOLAIDES (2020) ofrece un relato bastante pormenorizado del contenido de las minutas de las diferentes reuniones del Council en las que, en una primera aproximación, no se contienen argumentos de peso que permitan hablar de la existencia de razones verdaderamente justificativas, salvo que queramos atribuir al mero uso en las discusiones de las palabras "proporcionalidad", "ponderación" o cualquiera de sus derivados un alcance auto-explicativo.

[99] Véase DE GRAUWE, JI y STEINBACH (2016), donde se encontrará un estudio empírico y cuantitativo con datos que llegan hasta finales de 2015, así como DE GRAUWE (2018, especialmente, pp. 184-185).

argumentación vendría completada por otra de naturaleza jurídico-constitucional, que mantiene que el art. 122 del TFUE respalda la prestación de asistencia financiera por parte de la UE a los Estados miembros en situaciones de emergencia que queden fuera de la capacidad de control de estos (dificultades en el suministro de productos esenciales, catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales). El BCE/SEBC se limitaría, por tanto, a ejercer su misión estatutaria de prestamista de último recurso de los bancos comerciales, así como a instrumentar una asistencia financiera a los Estados miembros frente a situaciones excepcionales como las de la crisis de deuda soberana de la Eurozona o la pandemia del Covid-19. Según DE GRAUWE, JI y STEINBACH, el análisis empírico de la evolución de los diferenciales de la deuda pública durante el periodo 2000-2015 muestra una dependencia débil del comportamiento de los factores macroeconómicos de los Estados miembros (básicamente, el ratio endeudamiento/PIB, el déficit por cuenta corriente, competitividad y crecimiento económico), lo que les lleva a atribuir las fluctuaciones a factores emocionales (*market sentiment*) de los operadores económicos y, por tanto, a poner en sordina la capacidad de los mercados financieros para disciplinar el comportamiento fiscal de los Estados[100]. La reducción drástica de las primas de riesgo como consecuencia del mero anuncio por parte del BCE/SEBC del inicio de los programas de compra vendría a confirmar esta conclusión[101].

No puedo entrar aquí en el debido contraste de ese análisis cuantitativo, pero sería oportuno decir que mis discrepancias surgen, ante todo, de una percepción diversa del alcance cualitativo de los incentivos de la política monetaria, así como de un entendimiento diferente de la cláusula de emergencia. Las resumiría así:

a) Sugerir que la configuración de las balanzas fiscales nacionales y su relación con el endeudamiento soberano quedan fuera de la capacidad de control de los Estados miembros equivaldría a remitirse a una esfera de factores cósmicos que les convertirían en irresponsables e inmunes a todo control.

b) La innegable respuesta de las primas de riesgo a los anuncios del regulador bancario no hace otra cosa que adverar la percepción de los operadores del mercado sobre la dependencia de la deuda pública de la política monetaria y, por tanto, de la ilimitada capacidad del BCE/SEBC de crear dinero de la nada. Además, desde la óptica de los incentivos, la falta de un mecanismo paneuropeo de mercado de reestructuración de deuda soberana impide que los inversores cuenten con una alternativa real para la toma de decisiones.

c) En términos monetarios, la compra de deuda soberana por el BCE/SEBC en mercados secundarios tiene un efecto equivalente a su adquisición en el mercado primario y, en efecto, provee de liquidez a los bancos comerciales y a cualquier otro tenedor de los títulos de deuda, lo cual significa que el BCE/SEBC es una especie de dador universal de liquidez con arreglo a criterios que nada tienen que ver con las finalidades propias de la política monetaria.

d) La generalización y estabilidad en el tiempo de los programas de compra de deuda pública impiden por sí solas la consideración de estas medidas no convencionales de política monetaria como respaldadas por la ya citada cláusula de excepcionalidad.

---

[100] Cfr. DE GRAUWE, JI y STEINBACH (2016, especialmente, pp. 6-15).

[101] Dicen, literalmente, DE GRAUWE, JI y STEINBACH: "the decline in the spreads was made possible mostly by the OMT-announcement" (2016, pp. 11-12).

5. Recapitulación final y la metáfora del caballo muerto

En este estudio bizarro e incompleto he tratado de una cuestión principal mediante la combinación, tal vez poco exitosa, de diferentes perspectivas. El centro de atención ha sido una concreta modalidad de actuación del BCE/SEBC, consistente en la compra masiva –en proporciones *faraónicas*[102], según ha sido calificada- de títulos de deuda soberana de los Estados de la Eurozona en mercados secundarios. A mi entender, algo de este calibre solo puede ser analizado desde una óptica comprehensiva, al menos en la medida de lo razonablemente factible; de ahí que haya combinado los enfoques de teoría monetaria, economía institucional, teoría de juegos y análisis económico del derecho. He intentado trasladar al lector mi impresión de que los citados programas del BCE/SEBC reverberan el hondo debate fundacional del proyecto común europeo y obligan a emplearse a fondo para definir en qué medida contribuyen a su desenvolvimiento o, por el contrario, lo debilitan o socaban. Habrán visto que me decanto por esto último. También se habrá advertido que postulo como indispensable –que no como exclusivo- un régimen de control técnico del funcionamiento del BCE/SEBC, principalmente en términos de teoría monetaria, que ha de aplicarse conjuntamente con los de carácter estrictamente jurídico, controles todos ellos que deben ser ejercitados por el TJUE. En definitiva, sostengo que ha sido precisamente la ignorancia voluntaria del TJUE sobre las causas y los efectos de ciertos instrumentos de política monetaria la que le ha llevado a emitir pronunciamientos equivocados sobre los programas de compra de deuda soberana por el BCE/SEBC basados, a su vez, en una interpretación errónea, por el mismo motivo, del Derecho primario de la UE. Sin intención alguna de resolver de un golpe la cuestión, la participación activa del BVG en el debate, en especial a través de su Sentencia del 5 de mayo de 2020, ha tenido el mérito de dirigir la atención sobre lo más importante, la legitimación del BCE en la estructura institucional de la UE y, de paso, en el entero panorama internacional comparado[103].

Ciertamente, las derivaciones redistributivas de la política monetaria obligan a tratar de frente la legitimación del BCE/SEBC, que no es una legitimación democrática sino, como con enorme tino dijo SCHARPF, una *legitimación contingente*, basada en los resultados eficientes y justos de sus misiones reguladoras y esto incluye el estricto respeto de sus límites funcionales[104]. Esta legitimación exige por sí misma un control de resultados, lo cual solo puede llevarse a cabo en términos estrictamente técnicos, como hemos intentado hacer aquí. Así pues, en sentido técnico, pensamos haber demostrado que la compra de deuda soberana por el BCE/SEBC en mercados secundarios monetiza los déficits públicos de la Eurozona, con un incremento de la masa monetaria igual al importe neto de las compras, lo cual no puede significar otra cosa que la financiación monetaria por el BCE/SEBC de los Estados miembros emisores de la deuda adquirida, con la consiguiente violación de la prohibición del art. 123.1 TFUE.

La realidad económica ha demostrado que los tipos de interés no son capaces de dirigir el flujo del crédito y, por tanto, la herramienta tradicional de los Bancos Centrales ha quedado desfasada, privada de sentido. Queda de manifiesto, con toda su radicalidad, que los bancos comerciales, como cualquier otro potencial prestamista, dan crédito en virtud de las expectativas sobre la capacidad de pago de sus acreditados y que es la falta de proyectos solventes, desincentivados por políticas fiscales predatorias –que se apoyan, justamente, en los

[102] El epíteto es de HOFMANN (2018, p. 26), y viene referido al momento (mayo de 2017) en que el volumen de compras aún estaba en 180.000 millones de euros.

[103] Recomiendo un trabajo que me ha resultado de mucha utilidad para la comprensión de gran número de las implicaciones y derivaciones de la legitimidad de los Bancos Centrales, el de TUCKER (2108).

[104] Véanse dos trabajos de SCHARPF que juzgo particularmente lúcidos (1999, especialmente, pp. 12, 22 y 23) y (2000, especialmente, pp. 4-5).

déficits que la política monetaria financia- la única causa de la crisis de identidad de todos los Bancos Centrales, incluido el BCE/SEBC[105]. Recurriré al tropo para ilustrar con sencillez y brevedad la idea: cuando te das cuenta de que el caballo está muerto, la mejor decisión es dejar de montarlo[106]. Mediante los programas de compra de deuda soberana, el BCE/SEBC hace algo tan carente de sentido como fustigar jamelgos difuntos.

Resumo así la trama argumental de este ensayo y las sugerencias que se seguirían de ella:

- El principal error de juicio de la jurisprudencia del TJUE ya consolidada se deriva de una falla de comprensión técnica, consistente en no entender que la compra de deuda soberana por el BCE/SEBC, tanto si se produce en el mercado primario como en el secundario, tiene como efecto ineludible, en un sistema de dinero escriturario como el actual, la financiación monetaria de los déficits públicos de los Estados miembros emisores, consistente en la creación de dinero por la misma cuantía de la compra y con total independencia de quién sea el vendedor, un banco comercial u otro sujeto que no tenga tal condición. Sin perjuicio de sus consecuencias inflacionarias -y, por tanto, redistributivas-, esta práctica supone una violación del art. 123.1 del TFUE.

- El sentido de la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros por el BCE/SEBC está enraizado en un elemento de polaridad clave en el proyecto europeo, que consiste en el otorgamiento en exclusiva a aquellos por el Derecho primario de la UE de las competencias de política fiscal y económica –sin perjuicio de las de coordinación conferidas a las instancias de la propia UE- y al BCE/SEBC las de política monetaria, igualmente en exclusiva. De la exclusividad en la titularidad de las competencias de política fiscal y económica se deriva la también exclusiva responsabilidad de los Estados miembros frente a los operadores del mercado, de manera que el precio de la deuda pública que emiten para la financiación de sus déficits, materializado en los diferenciales de interés, funcione como referencia y límite del desempeño presupuestario. La compra de deuda pública por el BCE/SEBC es, por tanto, una actuación incompatible con el marco constitucional de la UE.

- La secuela inevitable de esto que se acaba de decir no puede ser otra que la de sacar del ámbito comunitario los medios de ayuda financiera a los Estados miembros, que habrán de ser implementados a través de instrumentos intergubernamentales, en uso de facultades que, en tanto que Estados, mantienen incólumes desde el punto de vista del Derecho primario de la UE, bien que con la obligación de respeto de dicho ordenamiento. Así se ha hecho, a mi entender de forma básicamente correcta, con la constitución y puesta en práctica del MEEF/MEDE. Puntualizaré, no obstante, que el BCE/SEBC no debe, ni por razones de su mandato constitutivo ni de oportunidad, participar en modo alguno, directo o indirecto, en los mecanismos intergubernamentales de asistencia financiera, que habrán de ser definidos y puestos en práctica con arreglo al régimen de controles de los Estados participantes, sean o no miembros de la UE y/o de la Eurozona. Dichos instrumentos deberían quedar complementados por un nuevo sistema paneuropeo de mercado para la reestructuración de deuda pública en casos de *default* soberano, según se ha propuesto

[105] Me resultó muy acertada la conclusión a la que, en este mismo sentido, llegan RYAN-COLLINS, GREENHAM, WERNER, y JACKSON (2012, p. 82).

[106] La teoría o metáfora del caballo muerto está muy bien descrita en la viñeta disponible en https://pbs.twimg.com/media/D2QLlTdXQAAIXKd.jpg:large, que ilustra el dicho de las tribus indias de Dakota, "When you discover that you are riding a dead horse, the best strategy is to dismount", y lo compara con no tan infrecuentes estrategias en la economía, la educación y la política.

con todo acierto y fundamento.

- Al menos por la información de la que en este momento disponemos, el único efecto real y contrastable de los programas de compra de deuda soberana del BCE/SEBC ha sido la reducción significativa de los tipos de interés de mercado de las emisiones, sin que pueda apreciarse un impacto relevante sobre el incremento neto de los flujos de crédito de los bancos comerciales hacia los agentes productivos, ni tampoco sobre la inflación. Esto significaría, sencillamente, que carece de fundamento la idea, amparada por el TJUE, de que la incidencia tan significativa, en términos cuantitativos y cualitativos, del BCE/SEBC en los mercados de deuda pública sea una condición indispensable de transmisión de los efectos de la política monetaria a la economía real.

- Un fracaso de este calibre, más aún cuando ha sido jurisprudencialmente replicado y respaldado, pone gravemente en tela de juicio el proyecto europeo en su conjunto y, en especial, al propio BCE/SEBC, que juega un papel crucial en el escenario representativo de la moneda única. No insistiremos bastante en que el dinero, con arreglo a la hermenéutica semiótica que hemos hecho propia, es un signo que causa el valor que significa y, porque lo causa, lo significa. Pues bien, uno de los principales intérpretes de esta narrativa ha llevado a cabo, del modo que hemos visto, actuaciones destructivas de valor capaces de hacer del euro un signo que no significa valor y, en consecuencia, no puede ni causarlo, ni transmitirlo, ni preservarlo.

Si bien la doctrina oficial y asentada proclama que el fallo de la regulación estuvo en el origen de la *Gran Recesión*, no termina de quedar claro si por exceso o por defecto. No estaré demasiado equivocado al decir que la versión predominante es que el fallo fue por carta de menos, o sea, por consentir que las ciegas fuerzas del mercado financiero, la glotonería especulativa, en suma, determinaran nuestros designios. En el ángulo ciego de este gran relato se encuentran las multitudes que, durante una década prodigiosa, obtuvieron crédito para comprar un par de viviendas, la habitual y la de vacaciones, y un par de automóviles de alta gama y que, cuando se acabó la fiesta, se metamorfosearon en multitudes indignadas. Oímos con frecuencia que la regulación no solo arregla los fallos del mercado, sino también los de la propia regulación y, como es lógico, mediante una más intensa, detallada y extensa regulación[107]. Y en esas estamos, aunque el juego y las reglas inicialmente ideadas para fundamentar la independencia de los Bancos Centrales se juegue con otros criterios y sobre un tablero diferente.

Podríamos ir camino de consagrar un nuevo *numen* -u orden místico, si se quiere-, el del BCE/SEBC, dotado de arcanos vericuetos decisionales y no menos inaccesibles ritos iniciáticos, y el TJUE habrá sido uno de sus más destacados promotores[108]. Estoy plenamente conforme con que los reguladores independientes, incluido el BCE/SEBC, tengan una configuración estrictamente autoritativa en el marco de la gobernanza europea, lo cual quiere decir que el

[107] DARNACULLETA y LEÑERO (2014, pp. 194-195) sugieren que la regulación (y los reguladores) "ha contribuido a la aparición y extensión de los efectos de la crisis". DARNACULLETA también se refiere a la excesiva complejidad de la toma de decisiones y del entramado organizativo de la regulación bancaria (2012, pp.35-36). Déjenme remitirme al interesante y franco discurso de DRAGHI, con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Sant'Anna (Pisa), que tal vez refleje con fidelidad su valoración de los acontecimientos y de su proyección futura: cfr. DRAGHI (2018).

[108] Para el Presidente del BCE, la jurisprudencia del TJUE confirma la flexibilidad del mandato del BCE según el Derecho primario de la UE: "This not only affirmed that asset purchases are a legal instrument of monetary policy in the euro area, but emphasised the broad discretion of the ECB in using all our tools in a necessary and proportionate way to achieve our objective" [DRAGHI (2019, p. 4)].

sentido fundante de sus actuaciones es el propio de la *auctoritas*, en su acepción orsiana[109] más genuina, *un saber socialmente reconocido*, o sea, una competencia estrictamente técnica. Y esto significa que el control jurídico de su actuación ha de estar principalmente soportado por razones técnicas[110]. Mi censura a la posición del TJUE radica ahí, en su incapacidad para confrontar la urdimbre económica de las medidas adoptadas por el BCE/SEBC y discernir a través de ella sobre su consistencia con un marco jurídico-constitucional que, como cualquier otro, demanda arduos ejercicios de interpretación. Me aparto entonces de la idea de que la ausencia de legitimidad democrática sea la carencia que convierte en impugnables las decisiones con efectos redistributivos de una autoridad independiente como el BCE/SEBC. La única fuente indispensable de legitimación de la acción colectiva es la redistribución; de hecho, la democracia –toma de decisiones según voto *per capita*, no *per quota*- es esencialmente eso, una redistribución de partida. En la evaluación técnica de las consecuencias de los programas de compra de deuda soberana radica la principal causa de su rechazo. El TJUE ha elaborado el discurso del *ellos sabrán*, *todo sea por nuestro bien*. Y, de paso, ha contribuido a consagrar una herramienta de política monetaria que, para espanto de perplejos, tiene todas las trazas de convertirse en habitual. El mantenimiento de un saldo vivo y constante de deuda soberana en el balance del BCE/SEBC supondría, ni más ni menos, la reencarnación del espectro de la deuda perpetua de los Estados miembros.

Las cuestiones conexas no abordadas aquí forman una enorme elipsis. Para finalizar –ahora sí- dejo constancia de mi compromiso de continuar con el estudio de ese amplio orden de implicaciones, remediar omisiones y enderezar yerros.

6. Bibliografía

AGUILAR CALAHORRO, A., (2014), "La Decisión *Pringle* en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, pp. 337-380.

ALESINA, A. y TABELLINI, G., (2007), "Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task", *American Economic Review*, Vol. 97-1, pp. 169-179.

ALESINA, A. y TABELLINI, G., (2008), "Bureaucrats or Politicians? Part II: A Multiple Policy Tasks", *Journal of Public Economics*, Vol. 92, pp. 426-447.

ALTAVILLA, C., CARBONI, G. y MOTTO, R., (2015), "Asset Purchase Programmes and Financial Markets: Lessons from the Euro Area", *European Central Bank Working Paper Series*, n. 1864 (noviembre 2015), 54 pp., disponible en https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp1864.en.pdf.

BAR CENDÓN, A., (2012), "La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, pp. 59-87.

BENFORD, J., BERRY, S., NIKOLOV, K., ROBSON, M. y YOUNG, C.H., (2009), "Quantitative easing", *Bank of England Quarterly Bulletin*, Vol. 49, pp. 90-100.

BERNSTEIN, P.L., (1996), *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, John Wiley and Sons, Nueva York-Chichester, 383 pp.

[109] Me refiero a D'ORS PÉREZ-PEIX y a sus aportaciones sobre el concepto de *auctoritas*, que vienen bien recogidas en DOMINGO OSLÉ (1987) y (1999).

[110] Un excelente estudio sobre el régimen de control jurídico de la actuación de los reguladores bancarios, centrado en la vertiente de supervisión, podrá encontrarse en LAGUNA DE PAZ (2019).

BLINDER, A.S., (1982), "Issues in the Coordination of Monetary and Fiscal Policy", *National Bureau of Economic Research Working Paper*, No. 982 (septiembre 1982), 59 pp.

BLINDER, A.S., (1982), "On the Monetization of Deficits", *National Bureau of Economic Research Working Paper*, No. 1052 (diciembre 1982), 71 pp.

BLINDER, A.S. y STIGLITZ, J.E., (1983), "Money, Credit Constraints and Economic Activity", *National Bureau of Economic Research Working Paper*, No. 1084 (marzo 1983), 21 pp.

BORGER, V., (2016) "Outright Monetary Transactions and the stability mandate of the ECB: Gauweiler", *Common Market Law Review*, Vol. 53-1, pp. 139-196.

BOWDLER, C. y RADIA, A., (2012), "Unconventional monetary policy: the assessment", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 28, pp. 603-621.

BUCHHEIT, L.C., GULATI, G.M. y TIRADO MARTÍ, I., (2013), "The Problem of Holdout Creditors in Eurozone Sovereign Debt Restructurings", *SSRN Papers*, 22 de enero de 2013, disponible en: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2205704

CABRILLO RODRÍGUEZ, F., (2019), "Veinte años con el euro", *Expansión*, 11 de enero de 2019, disponible en https://www.civismo.org/files/Lista%20general.pdf.

CALVO VÉRGEZ, J., (2017), *La crisis de deuda soberana en la Eurozona (2010-1015)*, Dykinson, Madrid, 811 pp.

CAPITANT, D., (2020), "L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 5 mai 2020 relative au PSPP (2 BvR 859/15) – La Cour constitutionnelle fédérale allemande insiste sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres", *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 6 pp., disponible en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/188.

CARANDE Y THOVAR, R., (1987), *Carlos V y sus banqueros. Tomo 1: La vida económica en Castilla,* Editorial Crítica-Junta de Castilla y León, Barcelona, 542 pp.

CARRILLO DONAIRE, J.A., "La última amenaza para el Estado de Derecho: la normalización del derecho de excepción en la intervención de entidades de crédito en crisis", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 32 (2012), pp. 72-82.

CASTAINGTS TEILLERY, J., (2017), *Simbolismos del dinero. Antropología y economía: una encrucijada*, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona-Iztapalapa, 393 pp.

CHESSA, O., (2020), "Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020", *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 11 pp., disponible en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/186.

CLASBY, N., (1993), "Dancing Sophia: Rahner's Theology of Symbols", *Religion & Literature*, Vol. 25-1, pp. 51-65.

CRAIG, P.P. y MARKAKIS, M., (2016), "Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions", *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 5, 41 pp.

DARNACULLETA I GARDELLA, M., (2012), "Las respuestas de la Unión Europea a la crisis financiera global. Especial referencia a la nueva arquitectura europea de regulación y supervisión de los mercados financieros", *Noticias de la Unión Europea*, n. 235, pp. 25-36.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. y LEÑERO BOHÓRQUEZ, M.R., (2014), "Crisis financiera y crisis democrática: la regulación financiera internacional mediante redes de supervisores", en A.J. Recalde Castells, I. Tirado Martí y A.B. Perdices Huetos (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 177-195.

DE GRAUWE, P., JI, Y. y STEINBACH, A., (2016), "The EU debt crisis: Testing and revisiting conventional legal doctrine", *LEQS Paper*, N. 108, 21 pp.

DE GRAUWE, P., (2018), *Economics of Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 289 pp.

DOMINGO OSLÉ, R., (1987), "Teoría orsiana de la *auctoritas*", EUNSA, Pamplona, 34 pp., disponible en https://www.academia.edu/35740424/Teor%C3%ADa_orsiana_de_la_auctoritas.

DOMINGO OSLÉ, R., (1999), *Auctoritas*, Ariel, Barcelona, 156 pp.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., (2020), "El papel de los Bancos Centrales: ¿Estabilidad económica vs estabilidad financiera?", en A. Ruiz Ojeda y J.M. López Jiménez (Dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 213-263.

DRAGHI, M., (2018), "Europe and the euro 20 years on", Discurso con ocasión de su investidura Honoris Causa por la Universidad de Sant'Anna (Pisa), el 15 de diciembre de 2018, disponible en: https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp181215.en.html.

DRAGHI, M., (2019), "Twenty Years of the ECB's monetary policy", Discurso en el ECB Forum on Central Banking, Sintra (Portugal), 18 de junio de 2019, disponible en: https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp190618~ec4cd2443b.en.html.

DUARTE, P., (2016) "Um depósito bancário não é um (contrato de) depósito: ou a desadequação da linguagem dos contratos reais à realidade do dinheiro bancário no actual sistema monetário", *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Estudos de Direito do Consumo de la Facultad de Derecho de Coimbra, n. 10, págs. 351-443.

DUARTE, P., (2018), "Obrigaçoes de dinheiro (obrigaçoes monetarias) e obrigaçoes de bitcoins", también en *Estudos de Dereito do Consumidor*, n. 14, pp. 343-381.

ESTELLA DE NORIEGA, A., (2018a), *Legal Foundations of EU Economic Governance (Law in Context)*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 268 pp.

ESTELLA DE NORIEGA, A., (2018b), "La Sentencia del TJUE Gauweiler desde la perspectiva del Derecho como credibilidad", en M. Vaquer Caballería, A. Manuel Moreno Molina, A. Descalzo González (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 542-560.

FARAG, M., HARLAND, D. y NIXON, D., (2013), "Bank capital and liquidity", Bank of England, *Quarterly Bulletin*, (Q3), pp. 201-215.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., (1984), "Los poderes normativos del Banco de España", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 13, pp. 7-32.

FERRARI ZUMBINI, A., (2020), "La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contraddittoria", *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 11 pp., disponible en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/185.

FIDALGO GALLARDO, C., (2016), "El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a las instituciones de la Unión Europea. El TJUE como estrella emergente en el firmamento de la Unión", *Revista General de Derecho Procesal*, n. 40.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., (2014a) "El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho", en M.A. Salvador Armendáriz (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, ICS (Universidad de Navarra)/Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 251-320.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., (2014b) "La cuestión prejudicial de Tribunal Constitucional alemán sobre la Decisión OMT", *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 51, pp. 119-163.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E., (1992), "La Unión Monetaria Europea según el Tratado de Maastricht", *Cuenta y Razón*, nn. 71-72, pp. 83-93.

GÓMEZ BADA, J., (2019), "Qué ocurre cuando el BCE se queda la deuda pública", *Cotizalia-El Confidencial*, 22 febrero 2019, disponible en https://blogs.elconfidencial.com/mercados/rumbo-inversor/2019-02-22/banco-central-europeo-deuda-publica_1840550/

GÓMEZ FERNÁNDEZ, C., FERNÁNDEZ ACEVEDO, M. y NAVARRO PÉREZ, B., (2019), "El fin de la política monetaria ultraexpansiva del BCE: balance y perspectivas", en F. Fernández de Andrés (Ed.), *Anuario del Euro 2018. Completando la Unión Monetaria para un mundo diferente*, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, Madrid, pp. 119-142.

HADJIEMMANUIL, C., (2001), "Democracy, Supranationality and Central Bank Independence", en J. Kleineman (Ed.), *Central Bank Independence. The Economic Foundations, the Constitutional Implications and Democratic Accountability*, Kluwer, The Hague, pp. 131-170.

HINAREJOS PARGA, A., (2015), "Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union: European Court of Justice, Judgment of 16 June 2015, Case C-62/14 Gauweiler and others v Deutscher Bundestag", *European Constitutional Law Review*, Vol. 11-3, pp. 563-576.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., (2014), "La compatibilidad del mecanismo europeo de estabilidad con el derecho europeo: jurisprudencia para tiempos de crisis", en D.J. Liñán Nogueras, A. Segura Serrano y C. García i Segura (Coords.), *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales*, Tecnos, Madrid, pp. 212-240.

HOFMANN, H.C.H., (2015), "Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union", *SSRN Papers*, 19 de junio de 2015, 22 pp., disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2621933.

HOFMANN, H.C.H., (2018), "Controlling the Power of the ECB: Delegation, Discretion, Reasoning and Care: What *Gauweiller*, *Weiss* and Other Can Teaches Us", *ADEMU Working Paper Series*,

2018/107, abril 2018, 29 pp., disponible en https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/35491/Ademu-WP-107-2018%20Controlling%20the%20Powers%20of%20the%20ECB.pdf?sequence=1&isAllowed=y

JEANNERET, A. y SOUISSI, S., (2016), "Sovereign defaults by currency denomination", *Journal of International Money and Finance*, Vol. 60, pp. 197–222.

JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., (2014), "La crisis de deuda pública y la renovación de los conceptos del Derecho público: notas para un debate", en J.E. Soriano García (Dir.) y M. Estepa Montero (Coord.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Vol. II ("Garantías del ciudadano en el régimen administrativo"), Iustel, Madrid, pp. 1151-1160.

JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., (2020), "La compra de deuda pública por el Banco Central Europeo: notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020", *Revista de Administración Pública*, n. 212, pp. 147-179.

JOYCE, M., TONG, M. y WOODS, R., (2011), "The United Kingdom's quantitative easing policy: design, operation and impact", *Bank of England Quarterly Bulletin*, Vol. 51, pp. 200-212.

KELSEN, H., (1997), *El Estado como integración, una controversia de principio*, Tecnos, Madrid, 147 pp.

LAGUNA DE PAZ, J.C., (2019), "Administrative and judicial review of EU supervisory decisions in the banking sector", *Journal of Banking Regulation*, Vol. 20-2, pp 159-173.

LASTRA LERALTA, R.M. y MILLER, G.P., (2001), "Central Bank Independence in Ordinary and Extraordinary Times", en J. Kleineman (Ed.), *Central Bank Independence. The Economic Foundations, the Constitutional Implications and Democratic Accountability*, Kluwer, The Hague, pp. 31-50.

LASTRA LERALTA, R.M. DE LA, (2016), "Lender of Last Resort and Banking Union", en J.E. Castañeda, D.G. Mayes y G. Wood, *European Banking Union: Prospects and Challenges*, Routledge, Londres-Nueva York, pp. 109-128.

LO SCHIAVO, G., (2013), "The Judicial *Bail Out* of the European Stability Mechanism: Comment on the Pringle Case", Department of European Legal Studies, College of Europe, Research Paper in Law 09/2013, pp. 2-21.

MANGAS MARTÍN, A., (2020), "El Tribunal Constitucional alemán y su *fuego amigo* sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE", *Estudios Internacionales y Estratégicos*, Real Instituto Elcano ,disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari72-2020-mangas-tribunal-constitucional-aleman-fuego-amigo-sobre-tribunal-de-justicia-ue-y-bce.

MARKOWITZ, H.M., (1952), "Portfolio Selection", *The Journal of Finance*, Vol. 7-1, pp. 77-91.

MÉNDEZ PINEDO, M.E., (2013), "Nota a la Sentencia *ICESAVE* del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), de 28 de enero de 2013. Garantía de depósitos bancarios, discriminación territorial y deuda soberana tras la crisis financiera de Islandia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, pp. 1093-1117.

MCLEAY, M., RADIA, A. y THOMAS, R., (2014a), "Money in the modern economy: an introduction", Bank of England, *Quarterly Bulletin*, (Q1), pp. 4-12.

MCLEAY, M., RADIA, A. y THOMAS, R., (2014b), "Money creation in the modern economy", Bank of England, *Quarterly Bulletin*, (Q1), pp. 14-27.

NASH, J.F., (1953), "Two-Person Cooperative Games", *Econometrica*, Vol. 21-1, pp. 128-140.

NICOLAIDES, P., (2020), "The ECB is Responding to the Federal Constitutional Court of Germany: A Comparison of Monetary Policy Accounts", *EULawLive*, 4 julio 2020, disponible en https://eulawlive.com/op-ed-the-ecb-is-responding-to-the-federal-constitutional-court-of-germany-a-comparison-of-monetary-policy-accounts-by-phedon-nicolaides/.

ORDEIG CORSINI, M.J., (1981), "Significación y causalidad sacramental según Santo Tomas de Aquino", *Scripta Theologica*, Vol. 13-1, pp. 63-114.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., (2013), "De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: La Sentencia Pringle", *Revista General de Derecho Europeo*, n. 29 (2013).

PALÁ LAGUNA, R., (2019), "El programa de compra de valores de deuda pública en mercados secundarios por el Banco Central Europeo no es contrario al Derecho de la Unión (STJUE de 11 de diciembre del 2018)", Gómez-Acebo&Pombo, Abogados, abril 2019, 3 pp., disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/04/El-programa-de-compra-de-valores-de-deuda-p%C3%BAblica-en-mercados-secundarios.pdf.

PAULUS, C.G. y TIRADO MARTÍ, I., (2013), "Sweet and Lowdown: A Resolvency Process and the Eurozone's Crisis Management Framework", *SSRN Papers*, 24 de septiembre de 2013, disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2330423.

POIARES MADURO, L.M., (1998), *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 208 pp.

RAHNER, K., (1967), *La Iglesia y los sacramentos*, Herder, Barcelona, 127 pp.

RALLO JULIÁN, J.R., (2017), *Contra la Teoría Monetaria Moderna. Por qué imprimir dinero sí genera inflación y por qué la deuda pública sí la pagan los ciudadanos*, Deusto, Barcelona, 205 pp.

REINHART, C.M. y ROGOFF, K.S., (2009), *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, Princeton-Woodstock, 463 pp.

REINHART, C.M. (2020), "This Time Truly Is Different", *Project Sindicate*, 23 marzo 2020, disponible en: https://www.project-syndicate.org/commentary/covid19-crisis-has-no-economic-precedent-by-carmen-reinhart-2020-03.

RIESTRA DELGADO, L., (2019), "El BCE y las bolsas europeas", *Voz Populi*, 7 febrero 2019, disponible en https://www.vozpopuli.com/opinion/bce-bolsas-europeas-proxima-recesion_0_1216079901.html.

ROCA FERNÁNDEZ, M.J., (2020), "La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la

primacía del Derecho Europeo", *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, pp. 2845-2856, disponible en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1052/1026

RUIZ OJEDA, A., (2017), "Deuda paga deuda (Nuestro actual sistema monetario explicado por Paulo Duarte)", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, enero 2017, disponible en http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/01/ruiz-ojeda-a-_deuda-paga-deuda_recension.pdf.

RUIZ OJEDA, A., (2018), "Dinero, criptomonedas y algarrobos. Paulo Duarte, sobre los sistemas monetarios digitales no-redistributivos", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, octubre 2018, disponible en http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2018/10/RUIZ-OJEDA-rese%C3%B1a-art%C3%ADculo-Paulo-Duarte.pdf.

RUIZ OJEDA, A., (2020), "*No creditor worse off* (NCWO): La (in)soportable levedad del Derecho paraconcursal bancario", en A. Ruiz Ojeda y J.M. López Jiménez, *Estudios sobre resolución bancaria*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 525-573.

RYAN-COLLINS, J., GREENHAM, T., WERNER, R., y JACKSON, A., (2012), *Where Does Money Come From? A Guide to the UK Monetary and Banking System*, The New Economics Foundation, Londres, 168 pp.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., (2015), "La Sentencia Gauweiler (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 41, pp. 101-105.

SCHARPF, F.W., (1999), *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 243 pp.

SCHARPF, F.W., (2000), "Democratic Legitimacy under Certain Conditions of Regulatory Competition. Why Europe Differs from the United States", *Working Paper*, n. 145, marzo de 2000, 26 pp., disponible en http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.486.9727&rep=rep1&type=pdf.

SCHLESINGER, E.R., (2013), "Sacramental Efficacy in Karl Rahner and Cognitive Linguistics", *Philosophy and Theology*, Vol. 25-2, pp. 337-360.

SCHILLIG, M., (2016), *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 576 pp.

SCHNABEL, I., (2020), "Narratives about the ECB's monetary policy – reality or fiction?", Speech at the Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 11 febrero 2020, disponible en https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200211_1~b439a2f4a0.en.html.

SCHUMPETER, J.A., (1975), *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper&Row, Nueva York, 437 pp.

SEGUIN, G., (2012), "Those Dishonest Goldsmiths", Financial History Review, vol. 19-3, pp. 269-288.

SERRANO PÉREZ, M.M., (2013), "La Constitución Económica Europea y la gobernanza económica. La Sentencia Pringle: desde la coordinación de la política económica al mecanismo de estabilidad presupuestaria", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 43, n. 118, pp. 61-116.

SLUIS, M. VAN DER, (2019), "Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17)", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46-3 (2019), pp. 263–284.

SOMMA, A., (2014), "Legal Change and Sovereign Debt Crisis. The Clash between Capitalism and Democracy in the Western Legal Tradition", en C.G. Paulus, *A Debt Restructuring Mechanism for Sovereigns. Do We Need a Legal Procedure?*, C.H. Berg-Hart-Nomos, Munich/Oxford/Baden-Baden, pp. 163-181.

SOMMA, A., (2020), "Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale", *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 11 pp., disponible en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/187.

SORIANO GARCÍA, J.E., (2020), "*Deutschland über alles*: una canción entonada por el Tribunal Constitucional alemán que invade Europa", *La Ley Unión Europea*, nº 82, pp. 9-20.

TAJADURA TEJADA, J. y DE MIGUEL BÁRCENA, J., (2018), *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 302 pp.

TAPPEINER, D., (1975), "Sacramental Causality in Aquinas and Rahner: Some Critical Thoughts", *Scottish Journal of Theology*, Vol. 28-3, pp. 243-257.

TIRADO MARTÍ, I., (2012), "Sovereign Insolvency in the Euro Zone Public and Private Law Remedies", *SSRN Papers*, 8 de diciembre de 2012, disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2186730.

TIRADO MARTÍ, I., (2015), "Crisis financiera y crisis soberana. Un análisis de los mecanismos de transmisión", en A.J. Rojo Fernández-Río y A.B. Campuzano Laguillo (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 2459-2486.

TOMKIN, J., (2013), "Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State European Democracy", *German Law Review*, No. 14, pp. 169-190.

TOSCANO MÉNDEZ, M., (2019), "Una lengua es un mercado", *Voz Populi*, 15 febrero 2019, disponible en https://www.vozpopuli.com/opinion/lengua-mercado_0_1218479288.html.

TRIDIMAS, T. y XANTHOULIS, N., (2016), "A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol 23-1, pp. 17-39.

TSOMOCOS, D.P. y WANG, X., (2019), "Debt Restructuring for the Eurozone", Saïd Business School WP 2019-09, 17 pp., disponible en https://ssrn.com/abstract=3427067.

TUCKER, P., (2018), *Unelected Power. The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 642 pp.

TUORI, K. y TUORI, K., (2014), *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-Nueva York, 285 pp.

VILLAR PALASÍ, J.L., (2018), *La evolución del justo precio en el Derecho administrativo*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 215 pp.

WERNER, R.A., (2014a), "Can banks individually create money out of nothing? — The theories and the empirical evidence", *International Review of Financial Analysis*, Vol. 36 (2014), pp. 1-19.

WERNER, R.A., (2014b), "How do banks create money, and why can other firms not do the same? An explanation for the coexistence of lending and deposit-taking", *International Review of Financial Analysis*, Vol. 36, pp. 71-77.

YASUYUKI HIROTA, M., (2019), "¿Qué es el dinero?", *El País*, 10 enero 2019, accesible en https://elpais.com/elpais/2019/01/09/alterconsumismo/1547066436_609188.html.

InDret
3.2020

Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado

Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona

Sumario

-

La carga de la prueba y los estándares de prueba son dos instituciones que provienen del antiguo sistema de valoración legal o tasada de la prueba, en el que tenían todo su sentido. Sin embargo, en el sistema de valoración libre, la institución de la carga de la prueba deja de tener cualquier utilidad, y los estándares de prueba se convierten en simples remedos de las antiguas categorías "probatio plena" y "probatio semiplena" que resultan imposibles de objetivar. En el presente artículo se detallan y justifican extensamente las anteriores conclusiones.

Abstract

-

The burden of proof and the standards of proof are two institutions that come from the old system of legal proof, in which they made sense. However, if evidence is free evaluated, the burden of proof is no longer useful and the standards of proof become mere imitations of the old categories "probatio plena" and "semiplena probatio" that are impossible to objectify. In this paper these conclusions are duly detailed and extensively justified.

Title: *Burden of the Proof and Standards of Proof: Two Rests from the Past*

-

Palabras clave: Carga objetiva, Carga subjetiva, Valoración, Prueba legal
Keywords: *Burden of persuation, burden of production, Evaluation, Legal proof*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.13

-

InDret

3.2020

Recepción
19/05/2020
-
Aceptación
20/07/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. Concepto y variedades de la carga de la prueba.
3. Concepto y variedades de estándares de prueba.
4. Las razones del sistema de prueba legal.
5. Las razones del sistema de libre valoración de la prueba.
6. Bibliografía.

-

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

1. Introducción

El destino de la prueba presentada en un proceso es valorarla racionalmente, es decir, de veras. No se pueden establecer atajos en este camino, aunque con frecuencia esa actividad de valoración sea tan sumamente difícil que, ciertamente, el jurista desearía disponer de algún tipo de herramienta, casi una piedra filosofal, para conocer cuál es la realidad de los hechos. Porque valorar la prueba consiste justamente en eso: en averiguar la realidad[1].

La dificultad no es nueva. Históricamente se intentaron ofrecer ayudas a los jueces. Las arcaicas normas de prueba legal del código de Hammurabi[2] dan buena prueba de ello, y todos los ejemplos establecidos en el *Corpus Iuris Civilis*[3] –luego reproducidos en leyes medievales[4]– van por esa misma línea. Pero justamente en la Edad Media surgen dos institutos, no tanto llamados a hacer la vida más fácil a los jueces en este sentido, como más bien a poner fronteras a su labor[5], en la línea iniciada por el *secundum allegata et probata*[6] que configuraron AZZONE y

* Autor de contacto: *Jordi Nieva-Fenoll*, jordinieva@ub.edu.

[1]Lo explico *in extenso* en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.

[2]Vid. las traducciones originales, que he alterado en parte, en LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, pág. 6. y sigs:

§7 Si alguien manifiesta haber adquirido o recibido en depósito plata, oro, esclavo o esclava, buey, oveja o asno o cualquiera otra cosa, sin testigos ni contrato, será considerado reo de robo y condenado a muerte.

§10 Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.

§11 Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que presten testimonio sobre dicho objeto, es un farsante, y puesto que denunció falsamente, será castigado con la muerte.

§13 Si los testigos del anterior denunciante no estuviesen localizables, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del mismo no presenta sus testigos, será considerado un farsante y sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

§150: Si el marido donó a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia esos bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño.

§182 Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la dotó escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera.

§183: Si un padre tiene una hija concubina, y le da dote, le concede marido y le otorga documento sellado al respecto, a la muerte de su padre no heredará ningún bien.

[3]Por ejemplo, Codex, Libro IV, título XX, nº 9, §1: Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.

[4]Fuero Juzgo, Lib. II, tít. II, VI. En los pleytos que el iues oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas é sus pruevas, y el iuez debe catar qual prueva meior. E si por las pruevas non pudiere saber la verdad, estonze debe mandar el iues á aquel de quien se querellavan, que se salve por su sacramiento, que aquella cosa quel demandan, non la ovo, nin la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello quel dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V. sueldos. Vid. también Partida III, tít. XVI, Leyes 29 y 32.

[5]Lo explico en NIEVA FENOLL, "La actuación de oficio del juez nacional europeo", Diario La Ley, n. 9000, 14-6-2017, traducido al italiano en NIEVA FENOLL, "I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 4, 2019, págs. 1223 y sigs.

[6]Vid. NÖRR, K. W., Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat, München 1967.

ACCURSIO[7]. Así surgieron, como veremos seguidamente, tanto el *onus probandi* como las medidas de prueba, el antecedente de los actuales estándares de prueba y del *Beweismaß* alemán.

Sin embargo, sea cual fuere el origen de las instituciones, estas van mutando con el tiempo, y finalmente pueden acabar transformándose en algo irreconocible para sus creadores. Y es justamente esto lo que ha sucedido con las dos instituciones en cuestión. Probablemente si a un jurista medieval le habláramos de algo "más allá de toda duda razonable", o bien de "carga objetiva de la prueba", y le dijéramos que, junto con la subjetiva, es algo a utilizar solamente al final del proceso cuando aparece una situación de ausencia de prueba –*Beweislosigkeit*[8]– , no entendería absolutamente nada.

A continuación iré explicando poco a poco todo lo anterior acompañando la exposición de un relato ligero de la historia pero sin ninguna clase de prejuicio histórico. Bien al contrario, se comenzará la explicación concretando las definiciones que de ambos conceptos ofrece ahora mismo la doctrina. Después serán sometidas a la comprobación histórica y práctica, y de los resultados que objetivamente se obtengan se extraerán conclusiones precisas.

2. Concepto y variedades de la carga de la prueba.

La carga de la prueba no tiene una definición unívoca en absoluto. En realidad, se trata de una expresión que condensa diferentes ideas que no tienen tanto que ver entre sí como se piensa. De hecho, vamos a ver a continuación que realmente tienen bastante poco que ver.

En la Edad Media se construyó la noción de *onus probandi* recogiendo restos del proceso romano[9] sacados del contexto original[10]. Pero sea como fuere, se asentó la idea de que cada parte tenía que aportar prueba de lo que decía. Dicho de otro modo, que cada litigante poseía la

---

[7]AZZONE (o AZO o AZÓN), Brocardica (aurea). sive generalia iuris, Basilea 1567, rúbrica XX, pág. 237: Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sentencia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend.1 surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica. ACCURSIUS, e.a., Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum, Vol. 6, Lyon 1604, pág. 17: "Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam."

[8]Vid. ROSENBERG, *Die Beweislast*, Berlin 1923, págs. 35 y 55. LEIPOLD, Dieter, *Comentario al §286 ZPO*, en: "STEIN/JONAS, Kommentar zur ZPO, Tübingen 1997",pág. 525. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München 2018,pág. 698. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor 2005, pág. 112. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1214*, en: "AAVV (dir. ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Madrid 1991, pág. 55. NIEVA FENOLL, "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pág. 271. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, Valencia 2019, pág. 201. ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Barcelona 2017, pág. 83.

[9]KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996,pág. 493. PRÜTTING, Hanns, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno Derecho probatorio", *Revista Ius et Praxis*, 2010, n. 1, pág. 457.

[10]Vid. NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Berlin 2012, págs. 78 y sigs.

carga de probar lo que afirmaba para tener una expectativa de ganar el proceso[11]. Ese fue el *onus probandi* y ese es, por tanto, el primer concepto de la carga de la prueba: la obligación de cada parte de traer pruebas al proceso en defensa de su posición. Era, además, una obligación muy antigua[12] y realmente bastante lógica, casi intuitiva. Si se parte de la máxima de la experiencia de que, salvo casos excepcionales, el adversario siempre obra en su propio beneficio y nada hace por su enemigo, la prueba era, en esa antigua concepción, una de sus principales armas para ganar el proceso.

El concepto es coincidente con la primera acepción moderna del descrito *onus probandi* medieval: la llamada *carga subjetiva de la prueba*, también denominada carga formal[13]. Supone precisamente eso, que cada parte debe aportar al proceso la prueba de los hechos que le son favorables[14], tal y como dispone de modo muy sintético, por ejemplo, el art. 196 del Código Procesal Civil peruano de 1993[15]. La doctrina incluso trazó un mapa de dichos hechos para orientar a los litigantes, estableciendo que el demandante debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, y el demandante los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de dicha pretensión[16]. Sin tanto detalle pero con la misma idea de fondo, se habló en el *Common Law* de la *burden of production* en EEUU[17] o *evidential burden* en el Reino Unido[18], que son simplemente un remedo de la carga subjetiva con su mismo contenido.

Se confirma que se trata, por tanto, de la concepción originaria de la carga de la prueba después de la Edad Media. La doctrina posterior, consciente de lo injusto de la regla entendida de manera estricta, dibujó diferentes formas de suavizarla[19]. Arrancó BENTHAM[20] con una antigua idea medieval[21] que rescata en su conocido libro sobre la materia, y que establece que debe tener la carga –siempre subjetiva– de la prueba la parte a la que le resulte más fácil probar un

---

[11]Lo explico en NIEVA FENOLL, "La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida", en NIEVA / FERRER / GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019, págs. 25 y sigs.

[12]KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pág. 118.

[13]Vid. SUNDELIN,pág., *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland*, Anklam 1860,pág. 121.

[14]WEBER, Adolph Dieterich, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Halle 1805, págs. 154 y sigs.

[15]Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

[16]LEIPOLD, Dieter, *Comentario al §286 ZPO*, en: "STEIN/JONAS, Kommentar zur ZPO, Tübingen 1997",pág. 527. Vid. también D'ALESSANDRO, E., "Onere della prova e legge applicabile", *Giurisprudenza italiana*, Nov. 2018,pág. 2546.

[17]REDMAYNE, Mike, "Standards of Proof in Civil Litigation", *Modern Law Review* 62, n.2, marzo 1999, pág. 172.

[18]DENNIS, *The Law of Evidence*, London 2013, pág. 442.

[19]Vid. su estricto –y sorprendente– funcionamiento en el antiguo periodo en LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Parte General, Trad. de Enrique Aguilera de Paz, Madrid 1928, págs. 118 y sigs.

[20]BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, t. II, Lib. VII, cap. XVI,pág. 163.

[21]DE FANO, Martino, Negativa qualiter probanda, en: "AAVV, Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus", T. IV, Venecia 1584,pág. 12, n. 3 ("Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimatio personae standi in iudicio per quem probanda"): "Quarto fallit, quando illud quod negatur, esse quodmodo impossibilis probationis quo ad ipsum negantem, et facilis probationis quo ad adversarium. exemplum, si teneris mihi quolibet anno pro anima patris dicere unam missam, nam si allego te non dixisse hoc anno, impossibilis mihi esse talis probatio, et quo ad te facilis probatio censetur, merito tibi tale onus incumbit propter facilitatem. ad hoc induco Bald. in l. cum mulier in sua repeti solu matri."

hecho, es decir, lo que la doctrina posteriormente llamó *facilidad probatoria*[22] o en Italia *vicinanza probatoria*[23]. Esa idea, obviamente, alteraba el original y estricto reparto.

En esa misma idea se basaron después las llamadas inversiones de la carga de la prueba[24] –que si bien se piensa no tienen nada de inversiones–, y aún más adelante esa idea cargada de inseguridad jurídica que constituye la llamada *carga dinámica de la prueba*[25], que ha quedado reflejada en el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española[26], o en el art. 167 del Código General del Proceso colombiano de 2012[27] o en el art. 214 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 2019[28]. En realidad, como vienen a reconocer estas

---

[22]SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1252 del Código Civil*, en: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" (dirigidos por Albaladejo), Madrid 1991, tomo XVI, vol. 2, págs. 66-68.

[23]BESSO-MARCHEIS, "La vicinanza della prova", *Revista Eletrônica de Direito Procesual*, v. 16, 2015, págs. 93 y sigs. En: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303

[24]Sobre el concepto, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid 2011, págs. 62 y sigs.

[25]PEYRANO, Jorge W (dir. y coautor), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos aires 2008, en especial págs. 13 y sigs, 19 y sigs y 75 y sigs.

[26]Artículo 217. Carga de la prueba. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

[27]Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

[28]Artículo 214.- Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Incumbirá a cada una de las partes la carga de probar el presupuesto fáctico de las normas favorables a su

normas, no se trata más que la mismísima facilidad probatoria designada con un nombre quizás más atractivo para algunos observadores. Pero en todo caso seguimos hablando de lo mismo: de la carga subjetiva y de sus matizaciones. Curioso a veces el empeño de la doctrina por complicar terminológicamente conceptos que bastantes problemas traen por sí mismos. Un último ejemplo de esta tendencia es la llamada por algunos autores *tactical burden of the proof*[29], que significa ni más ni menos que conforme va avanzando el proceso y las partes exponiendo sus pruebas, dependiendo de la fuerza que pueda tener un argumento probatorio de una parte, la contraria se ve forzada a presentar un medio de prueba más convincente. Pura lógica de estrategia probatoria de cualquier proceso elevada a una categoría doctrinal que tampoco tiene la más mínima utilidad. Dicho de otro modo, seguimos en el ámbito de la carga subjetiva.

Sin embargo, todo lo anterior ya apunta al siguiente concepto, probablemente el más oscuro de todos los que afectan –podría decirse "aquejan"– a la carga de la prueba: la *carga objetiva*, originalmente denominada carga material[30] o carga de averiguación[31], denominación esta última muy indicativa de lo que significa[32]. Con la misma se designaría, no al litigante que debe probar un hecho, sino directamente a los hechos que deben ser probados en el proceso para poder emitir el juicio. El concepto, según la concepción original de GLASER[33], haría frente al riesgo de que el juez, al no poderse probar un hecho, dé por probado automáticamente el contrario. Ese riesgo lo sufriría el litigante beneficiado por ese hecho. Por tanto, la carga objetiva de la prueba consistiría en determinar, no a qué litigante le es más fácil probar un hecho –esa es la carga subjetiva–, sino a qué parte perjudicará la falta de prueba de un hecho.

Sin embargo, es muy importante saber que esa noción –algo extraña y en buena medida tautológica de la de carga subjetiva[34]– provenía del proceso penal, y servía sobre todo para explicar por qué el acusado, sin tener la carga subjetiva de la prueba y por tanto sin tener que cumplir con la obligación de aportar medios de convicción, podía finalmente resultar condenado. Sea como fuere, el concepto pasó al terreno del proceso civil y sufrió una intensa

---

pretensión, defensa o excepción. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al ordenar las pruebas, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Se considerará en mejor posición para probar a la parte en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. A la parte a quien se imponga la carga se le otorgará el plazo suficiente para ofrecer la prueba.

[29]GORDON, Thomas F. / WALTON, Douglas, "A formal model of legal proof standards and burdens", en EMEREN, F.H. van (Ed.); GARSSEN, B. (Ed.); GODDEN, D. (Ed.); MEUFFELS, B. (Ed.) ; International Society for the Study of Argumentation -ISSA-:*7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation 2010. Proceedings*: Amsterdam, June 29 to July 2, 2010, Amsterdam: Sic Sac, 2011, págs. 644 y sigs. PRAKKEN, H. / SARTOR, G., "A Logical Analysis of Burdens of Proof". en KAPTEIN, H. / PRAKKEN, H. /VERHEIJ, B. (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic,* Farnham 2009, págs. 223 y sigs. BEX, F. / WALTON, D., "Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies", *Law, Probability and Risk* 11, 2012, pág. 118.

[30]GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883, pág. 364.

[31]Sobre la cuestión terminológica, vid. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. págs. 26-27.

[32]ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit.pág. 34.

[33]GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883, pág. 364.

[34]La carga subjetiva indica a qué parte le es más fácil probar un hecho y, si no lo hace, esa será la parte perjudicada por la falta de prueba del hecho, lo que es la carga objetiva pero supone una identidad con la carga subjetiva en gran medida, con la principal excepción del acusado en el proceso penal, como vamos a ver.

reelaboración por parte de ROSENBERG[35], que es quien, en mi opinión, le da auténtico contenido aunque también aquel que, llevando la lógica de sus ideas hasta el final, le acaba sustrayendo ese contenido, como vamos a ver.

Dice ROSENBERG[36], hablando de la carga subjetiva de la prueba, que el concepto inicial habría evolucionado en el sentido de superar la concepción original de *onus probandi* en el sistema de prueba legal. En ese sistema, como se explicará después, los pleitos se decidían en función de si cada parte había aportado o no sus pruebas, y no en razón de su valoración. Es decir, se verificaba solamente si la parte demandante había aportado su prueba y la demandada la suya. Y después, para ver quién ganaba el proceso, se pesaba o sumaba la prueba aportada por cada parte en función de los estándares *plena probatio* y *semiplena probatio* que veremos en el siguiente epígrafe, pero nada más, es decir, no se valoraba realmente –es decir, racionalmente– la prueba.

Pues bien, ROSENBERG[37] nos dice que a partir de la introducción de la frase "*unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen*"[38] en el §286 ZPO[39], ya habría dejado de importar quién aportaba la prueba, sino que el tribunal la valoraría con independencia de ese hecho, es decir, tomaría en consideración todo el material aportado por las partes sin tener en cuenta cuál de ellas lo había aportado. Ese precepto, por cierto, fue el que introdujo el sistema de libre valoración en Alemania. Y estamos también ante la tenebrosa génesis que nunca explicó CHIOVENDA[40] –que lo expuso sin citarlo– del llamado "principio de adquisición" por las doctrinas italiana[41] e hispana, que es importantísimo en la materia que estamos analizando. Ese origen no es más que la consecuencia lógica de la introducción del sistema de libre valoración. Con el mismo se dejaba atrás el antiguo sistema –el de prueba legal– y se introducía el nuevo, el de libre valoración, en el que el *onus probandi* –la carga subjetiva– había dejado de tener, como se acaba de evidenciar, sentido alguno. Ya no importaba en absoluto qué litigante aportaba las pruebas al proceso. En ese momento debió haberse eliminado por la doctrina el concepto de carga de la prueba porque era una pieza de un sistema, el legal, que en gran medida había dejado de existir.

Hubo quien señaló esta fatal consecuencia en su día[42], pero WACH[43], siendo muy joven[44], descalificó con evidente soberbia a quien sostuvo esa tesis, muy probablemente por considerar

---

[35]ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. págs. 34 y sigs.
[36]ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. págs. 28 y sigs.
[37]ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit.pág. 30.
[38]Traducción: "considerando el contenido global de las actuaciones".
[39]**§ 286 Freie Beweiswürdigung.** (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.
[40]CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli 1923,pág. 748.
[41]Vid. TARUFFO, M., "La valutazione delle prove", en AAVV (dir. TARUFFO), *La prova nel processo civile*, Milano 2012, en la serie CICU / MESSINEO / MENGONI / SCHLESINGER, *Trattato di Diritto civile e commerciale* págs. 249 y sigs.
[42]KOHLER, Josef (con HOLTZENDORFF), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig 1904, págs. 315 y sigs. BAR, L., *Recht und Beweis im Zivilprozesse*, Leipzig 1867, págs. 46 y sigs.
[43]WACH, Adolf, Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vol. 14 1872,pág. 357: „Eine der größten Thorheiten der Reformjurisprudenz ist die Behauptung, die freie Beweistheorie führe zur Beseitigung der Grundsätze

que la misma abría las puertas a la vigencia del principio inquisitivo en el proceso[45], cuando no es así. Sea como fuere, es muy probable que WACH influyera en buena parte de la doctrina por la difusión de sus ideas, y también en ROSENBERG en este particular –no así en otros muchos aspectos del mismo tema– cuando este redactó la primera versión de su libro al respecto en 1900. De hecho, WACH, entre otros, recensionó el libro de ROSENBERG en 1925[46] y consta que se conocían[47]. Quién sabe si esas circunstancias influyeron en ROSENBERG para perpetrar un auténtico acto de nostalgia científica difícilmente explicable, reafirmando con mayor influencia que ningún otro autor la idea de GLASER. Y así se dispuso, primero, a no plantear –sorprendentemente– la abolición del concepto de carga subjetiva –pese a lo que había dicho al respecto– y, segundo –en contra de la opinión de WACH[48]–, a asentar el concepto de carga objetiva o de carga de averiguación, que debe hacerse notar que no es sino una consecuencia de la abolición del concepto de carga subjetiva y que, en el fondo, trata de mantener doctrinalmente esa antigua idea aunque sea pendiente de un hilo. Y así afirmó que aunque ya no interesaba, en realidad, quién había aportado la prueba en el proceso a efectos de valoración, aún era interesante determinar a quién iba a perjudicar la falta de prueba de un hecho con independencia de su actuación en el proceso. Y ese es el único contenido de la carga objetiva. No tiene más[49].

Y digo que no tiene más porque a partir de ese momento, como viene a reconocer el propio ROSENBERG, el concepto se separa definitivamente de la definición de "carga", porque en realidad la carga no la tiene nadie, sino que sin la prueba de esos hechos, no es que el proceso no pueda resolverse, sino que, en verdad, la noción de carga objetiva supera por completo el reparto de responsabilidades probatorias entre los litigantes y describe un espacio de incógnitas fácticas que debieran ser resueltas para poder emitir el juicio jurisdiccional. El concepto podría ser relevante en los procesos en los que puede practicarse prueba de oficio, porque de algún modo puede decirse que sirve para orientar la labor del juez –aunque estaría perfectamente orientada sin el mismo, como se verá después–, pero fuera de ello sólo marca el campo de actuación de la carga subjetiva, lo que provoca la –casi completa– tautología a la que

---

über Vertheilung der Beweislast. Sie beruht auf einer groben Verwechslung des inquisitorischen Princips des Strafprocesses, der Pflicht des Richters zur selbstthätigen Beschaffung der Beweise und der Emancipation von Beweisregeln bei Beurtheilung des von der Parteien gelieferten Materials. Die vielgehörte Erwägung, weil der Richter aus dem Ergebnis der ganzen Verhandlung unter Würdigung aller Umstände sich seine Ueberzeugung zu bilden habe, so kann nur noch darauf ankommen, ob bewiesen ist, nicht wer zu beweisen und beweisen habe, ist ein Trugschlug. Dem Richter kann es allerdings gleich sein, wer bewiesen hat, wenn bewiesen ist, aber nicht wer zu beweisen hatte, wenn nicht bewiesen ist. Die Sätze actore non probante reus absolvitur und reus excipiendo actor fit bleiben unerschüttert (...)".

[44]Había nacido en 1843 en Kulm (la actual Chełmno), por lo que en el momento de publicarse su escrito tenía 29 años.

[45] Se deduce claramente del texto de la nota anterior. WACH, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, cit. págs. 331 y sigs, 357-358.

[46]WACH, Adolf, "Rez. Rosenberg, Beweislast, 2. Auflage", *Juristische Wochenschrift*, 54, 1925,pág. 722.

[47]GRÄFE, Ulrike, Leo Rosenberg – Leben und Wirken (1879-1963), Berlin 2011, págs. 46 y sigs.

[48]WACH, „Beweislast nach dem BGB", *ZZP*, 29, 1901, págs. 363-364., definió la carga material como un „gegenstandsloser Begriff", es decir, un concepto sin objeto.

[49]Vid. el propio ROSENBERG, Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Berlin 1929,pág. 368. Y detrás de él, toda la manualística: POHLMANN, Petra, *Zivilprozessrecht*, München 2014,pág. 153, LÜKE, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, München 2011,pág. 273, JAUERNIG, Othmar / HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011, págs. 202-203. MUSIELAK, Hans-Joachim, *Grundkurs ZPO*, München 2002,pág. 279. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, Bielefeld 2003, pág. 40. SCHILKEN, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, München 2006, págs. 271-272, o la propia edición actual del manual de ROSENBERG: ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München 2018,pág. 697.

antes me referí. Es decir, la carga objetiva expresaría los hechos que deben probarse, y la subjetiva quién debe hacerlo. Por ello se ha dicho que en un orden lógico primero se considera la carga objetiva, y después la subjetiva[50].

Pero como decía, ello obscurece definitivamente el concepto de "carga", alejándolo por completo del originario *onus probandi*. Con el concepto de "carga" objetiva estamos más bien ante un listado de hechos a probar, y que deben ser demostrados a través de los medios de prueba que serán objeto de valoración judicial. Y es justo en ese punto en el que se abre la pregunta de qué fuerza debe tener la prueba que se obtenga en el proceso para satisfacer la convicción judicial. Es como si de repente, la palabra "carga", de designar una especie de "obligación" para las partes, adoptara una significación más literal y pasara directamente a ser un "peso" que debe tener la prueba para ser convincente.

Sin embargo, se trata de un salto argumental realmente insalvable, porque se pasa de la cuestión de quién aporta la prueba a su valoración, que son cosas absolutamente diferentes y que sólo cabría relacionar, como veremos después, en un sistema de prueba legal en el que, precisamente, la cuestión de quién aporta la prueba, no es sólo que asista a la valoración del juez, sino que sustituye a dicha valoración[51]. De esa consciencia implícita viene que ROSENBERG[52], completamente orientado por el sistema de valoración libre y tratando de superar el legal, dijera que las normas de carga de la prueba no son necesarias cuando el hecho es notorio, cuando ha sido confesado por un litigante o cuando un juez utiliza máximas de la experiencia para construir su convicción.

Poco a nada consciente fue ROSENBERG de las consecuencias de esta última frase, que influyó, por cierto, en el art. 139 de Código General del Proceso de Uruguay de 1988[53] o en parte en el art. 136 del Código Procesal Civil boliviano de 2013[54]. Si la incógnita sobre los hechos se resuelve a través de máximas de experiencia, es decir, a través del razonamiento lógico del juez expresando en su sentencia la impresión que le provoca la práctica del medio de prueba, se acaba sustituyendo a la carga –ahora objetiva– de la prueba por el sistema de libre valoración. Algo querrá decir que LAUMEN[55], recogiendo la opinión de BENDER, NACK y TREUER[56], reconozca que casi todas las pruebas –salvo el reconocimiento judicial– son indirectas, es decir, indicios[57].

---

[50]Vid. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München 2018,pág. 697, LAUMEN, Hans-Willi, „Grundbegriffe der Beweislast", en Baumgärtel / Laumen / Prütting, *Handbuch der Beweislast*, München 2009, págs. 42-43.

[51]Es absolutamente fundamental leer a TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, págs. 14-18, para entender hasta sus últimas consecuencias los antecedentes y esencia de lo que acabo de afirmar, que también confundieron a MICHELI, Gian Antonio, en su *L'onere della prova*, Padova 1966, págs. 141 y sigs.

[52]ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pág. 55.

[53]Artículo 139.- Carga de la prueba. 1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.
2. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.

[54]Artículo 136. (carga de la prueba). I Quien pretende un derecho, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión. II. Quien contradiga la pretensión de su adversario, debe probar los hechos impeditivos, modificatorios o extintivos del derecho de la parte actora. III. La carga de la prueba que el presente Código impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial.

[55]LAUMEN, „Grundbegriffe der Beweislast", cit. pág. 308.

No deja de resultar curioso, y hasta revelador, que ROSENBERG en la página inmediatamente anterior[58] de su obra diga que no se puede distinguir la respuesta a la pregunta "¿qué se debe probar?" de la que tenga la pregunta "¿quién debe probar?", ya que la respuesta a la primera pregunta da la respuesta también a la segunda, dado que no se puede separar la respuesta a ambas preguntas. De ese modo, carga objetiva y subjetiva irían de la mano. Es también revelador que cambiando de sistema jurídico, el concepto complementario al de *burden of production* en el *Common Law* sea el de *burden of persuasion* –o *persuasive burden o probative burden* en el Reino Unido[59]–, pensado sobre todo para el jurado, y que justamente el mismo se centre en qué "estándares de prueba" deben alcanzarse para dar por probado un hecho en cada proceso. Es decir, como vamos a ver en el apartado siguiente, qué niveles de convicción debe tener el juez para dar por probado un hecho[60]. Y ello conduce al paso final no tan claramente dado por la doctrina alemana: se acaba identificando la carga de la prueba con la valoración de la misma, lo que deja sin contenido al concepto de *carga objetiva* y al de *burden of persuasion*. Es decir, bajo ambas nociones se está describiendo en realidad la valoración de la prueba, centrándose en el nivel de convicción, es decir, en la propia esencia de la valoración de la prueba.

En consecuencia, el concepto, o deja de llamarse "carga" –salvo que se la identifique con un peso, como se dijo–, o simplemente se convierte en redundante del de valoración.

Pero se deduce aún otra consecuencia importante del concepto de carga objetiva a la que ya se hizo referencia pero que merece la pena recordar, y que es un nuevo resultado del sistema de libre valoración y que supera la versión originaria del principio dispositivo en el que estaba basado el sistema legal como forma de controlar al juez. En el proceso se identifican hechos que deben probarse pero, como hemos visto, por mor del principio de adquisición ya no importa quién los traiga, de manera que las pruebas aportadas por una parte y que en principio le benefician, pueden contener detalles que acaben beneficiando a la parte contraria. Y ello es relevante a efectos de valoración, porque lo que importa es que el hecho sea objeto de prueba para esclarecerlo, con independencia de quién contribuya a aclararlo, que como ya se dijo era lo único que importaba en el sistema de prueba legal. Sucede constantemente que un documento tiene detalles que pueden beneficiar al adversario, o bien que un testigo se convierte en hostil. Y ello no importa, puesto que la información que aportan esos medios de prueba es útil para el proceso, con independencia de quién aporte la prueba. Todo lo descrito, ya se ha dicho, es el llamado desde CHIOVENDA "principio de adquisición", que curiosamente ha sido objeto de un estudio bastante superficial, dado que su contenido se considera simplemente lógico[61].

---

[56]BENDER, Rolf / NACK, Armin / TREUER, Wolf-Dieter, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007, pág. 145.

[57]Enfoque ya expresado en BENDER, Rolf / NACK, Armin, *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre*, Deutsche Richterzeitung 1980,pág. 121 y que comparte con MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 3ª ed., Barcelona 1993, pág. 20.

[58]ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pág. 54.

[59]DENNIS, *The Law of Evidence*, cit. pág. 441.

[60]BEX / WALTON, "Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies", cit. pág. 113, 117.

[61]Vid. nuevamente TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit. págs. 14-18.

Y en realidad, lo es. Es una simple consecuencia del sistema de libre valoración, en el que se espera de las partes que colaboren con el juez en el esclarecimiento de los hechos[62], y no solamente que aporten medios de prueba que les beneficien, como ocurría bajo el dominio del sistema de prueba legal. Y es que finalmente el proceso, en nuestra época, se ha convertido en lo que nunca debió dejar de ser: un espacio que ponga al juez en las mejores condiciones para recibir las alegaciones de las partes y la prueba de los hechos, valorándolos libremente sin recurrir a los atajos de la carga subjetiva de la prueba, que muchas veces provocan resultados absurdos.

Con ello se completa una evolución, pero a la vez desaparece un concepto[63]. Bajo el sistema de prueba libre, la utilidad de la carga objetiva se identifica con la valoración de la prueba, y la carga subjetiva deja de tener sentido con el principio de adquisición. Era quizás el único destino posible para dos instituciones que derivaban del sistema legal y tenían su lógica en ese sistema. Lo vamos a ver a continuación.

3. Concepto y variedades de estándares de prueba.

Hay que profundizar en los entresijos de esa "carga" objetiva, tan similar a la *burden of persuasion* si se mira la esencia de ambas y no se atiende solamente a las definiciones doctrinales que sólo hacen que disponer fronteras artificiales entre nociones análogas o idénticas.

A lo largo de la historia y en diversas culturas jurídicas ha existido la referencia a los que actualmente se llaman, por influencia anglosajona, "estándares de prueba"[64]. Resulta sumamente interesante tomar en consideración que se trata de una temática abordada recurrentemente, a veces de manera cerrada y otras de modo más abierto, como sucede actualmente. Se ha llegado a decir que "*standards of proof are a simple concept, unless you stop to think about them.*"[65] No es una mala orientación de partida, aunque quizás sea errónea en su destino.

Los primeros en surgir en la historia fueron los estándares del sistema de prueba legal. Conocía solamente dos de esos estándares[66], más un tercero que a veces se citaba pero que tenía una definición sumamente imprecisa para el proceso penal. Me refiero a la *plena probatio*, la *semiplena probatio* y, finalmente, a ese tercer estándar que conocían algunos autores llamado

[62]Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, cit. págs. 427-428.
[63]Lo apuntó o intuyó en su día Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria*, Barcelona 1967, pág. 46.
[64]Una perspectiva comparatista, aunque con errores, puede verse en Clermont, K.M. / Sherwin, E., "A Comparative View of Standards of Proof", *American Journal of Comparative Law* 50, n. 2, primavera 2002, págs. 243 y sigs. Vid. los errores de este artículo señalados y debidamente subsanados por Taruffo, M., "Rethinking the Standards of Proof", *American Journal of Comparative Law* 51, n. 3 verano 2003, págs. 659 y sigs. Vid. también Clermont, K. M., "Standards of Proof Revisited", *Cornell Law Faculty Publications*, 13, 2009, págs. 469 y sigs.
[65]Clermont, K.M., "Staying Faithful to the Standards of Proof", *Cornell Legal Studies Research Paper* n. 18-45, 2018,pág. 2.
[66]Cfr. Ortiz De Zúñiga, Práctica general forense, T. II, Madrid 1856, págs. 239, 255, 257 y especialmente 271. De Vicente y Caravantes, Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento, Madrid 1856, pág. 133.

probatio plenissima, al que apenas me referiré por ser extraordinariamente impreciso su contenido[67].

La *plena probatio* fue el estándar de convicción –en principio– máxima que se podía alcanzar en el proceso. Se llegaba al mismo disponiendo de un documento público –muchas veces se decía cuál debía ser exactamente[68]–, o bien dos testigos presenciales, o bien a través del juramento. En realidad, en todo caso se trataba de un mismo trasfondo: el juramento. Y es que detrás de un documento público había un fedatario que juraba que era cierto, o bien los dos testigos juraban, o bien el propio litigante juraba. Por tanto, se trataba de un estándar netamente religioso para ser exactos, que hacía depender la convicción judicial de la fe, lo que lo relacionaba con la ordalía. De hecho, el juramento es una civilización de esa ordalía que suprimía el bestialismo[69]. Y como se ha dicho, el nivel de convicción es máximo[70]. En la época no se podía dudar de la fe, esto es, de la voluntad de la divinidad.

La *semiplena probatio* era todo lo demás, es decir, el documento privado, un solo testigo –o testigos de referencia– o un litigante que afirmaba sin jurar. Ello daba lugar a los indicios, más tarde incluídos en el estudio de las presunciones. En este punto la valoración de estas pruebas hubiera debido de ser libre, pero en realidad se acababa sumando simplemente el número de pruebas semiplenas[71], sin valorarlas en absoluto a través de la lógica. En todo caso, se trataba de un nivel de convicción menor que el anterior. Es por ello por lo que en el proceso penal se prohibieron los testigos de referencia[72], e incluso con frecuencia la "prueba de indicios"[73], porque se trataba de obtener la *plena probatio*, es decir, un nivel de convicción máxima que permitiera alcanzar las exigencias de ULPIANO[74] de no condenar por sospechas, sino por lo que más adelante se llamaron "pruebas directas". De hecho, la *probatio plena* era la única prueba directa, siendo indirecta el resto, es decir, la *semiplena probatio*.

Se trata, sin duda, del primer intento de estandarización de la valoración de la prueba, a fin de controlar más que de ayudar al juez, huyendo de su conciencia o intuición y haciendo que lo que ocurriera en el proceso fuera patrimonio de las partes, como pretendió con éxito el remoto

---

[67] NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit.pág. 129. La clasificación de plenissima, plena y semiplena era de AZZONE, *Summa Azonis*, Venecia 1581, lib. III, 1 (De iudicis), 18, 19. DURANTE, *Speculum iuris*, Venecia 1602, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

[68]Siguiendo las indicaciones del Codex sobre todo, aunque luego las leyes de cada territorio concretaban esos documentos a su realidad. Vid. Partida III, Tít. 18.

[69]Lo explico en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. págs. 41 y sigs.

[70]GARNOT, B., "Voltaire et la justice d'ancien régime: la médiatisation d'une imposture intellectuelle", *Nouveau Monde Éditions*, 2010, n. 15, pág. 29.

[71]Vid. JAUMAR Y CARRERA, Joaquín, *Práctica forense*, Barcelona 1840, pág. 48: "Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale á una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta á las dos semiplenas una de plena." NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, pág. 128.

[72]Partida III, tít. XVI, Ley 28. Constitutio criminalis Carolina de 1532, art. 65: **Art. 65. Wie zeugenn sagen sollen.** Jtem die zeugen sollenn sagen von jrem selbs eigen waren wissenn mit antzeigung jrs wissens gruntlicher vrsach. So sy aber vonn frembden hören sagenn wurden, das soll nit genugsam geacht werden.

[73]Partida III, tít. XIV, Ley 12.

[74]Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: "sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari."

secundum allegata et probata (*partium*[75]). Pero paralelamente, ya en el siglo XVIII, en el mundo del *Common Law* surgió un estándar para el proceso penal que tendría un larguísimo recorrido, llegando hasta nuestros días, y que en su origen sólo buscó orientar a los jurados. Es el *beyond any reasonable doubt* o "más allá de toda duda razonable"[76], en expresión española, no hay que negarlo, un tanto pintoresca, aunque recogida en estos términos por el art. 340 del Código Procesal Penal chileno de 2000[77] o por el art. 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano de 2014[78].

Se trata de un estándar que está demostrado[79] que surgió de otro estándar anterior del Derecho canónico: la *certeza moral*[80]. La misma supone que si un proceso se celebra de acuerdo con lo alegado y probado en el proceso –aspecto objetivo– ante un juez debidamente instruido que actúe racionalmente –aspecto subjetivo–, quizás no podamos asegurar que averigüemos la verdad en el proceso, pero tendremos la "certeza moral" de haberlo hecho. Pues bien, con el *más allá de toda duda razonable* se trataría de expresar en una frase las bondades de ese concepto de un modo comprensible, de manera que se transmitiera a los jurados la idea de que tenían que estar muy seguros de la culpabilidad de un reo para condenarle[81]. Es decir, que la condena sólo procedía con una máxima seguridad de la convicción que sienta cada jurado, esto es, con una parte esencial –el aspecto objetivo– de esa certeza moral. En la época en que se enunció, el *beyond any reasonable doubt* no fue, por tanto, realmente pensado como un estándar máximo, aunque luego se convirtiera en dicho estándar, sino como una simple instrucción para jurados. No es de extrañar que poco después los revolucionarios franceses lo expresaran en traducción libre[82] como *intime conviction*, expresión que ya tenía cierto uso en Francia antes de ese momento[83]. En realidad, se trataba de que expresaran su convicción según *the best of their knowledge*, expresión inglesa corriente que está en la base de la concepción moderna del sistema de libre valoración[84].

---

[75]Sobre el "partium" me remito a cuanto indiqué en NIEVA FENOLL, "El mal nombre del principio inquisitivo", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, págs. 30 y sigs.

[76]Vid. DALIA, Gaspare, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Milano 2018, págs. 1 y sigs.

[77]Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.
El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.
No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

[78]Artículo 359. Valoración de la prueba El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

[79]WHITMAN, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005, págs. 187 y sigs.

[80] LLOBELL TUSET, Joaquín, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, en: "Il Diritto Ecclesiástico, 109/1, 1998,pág. 771. ALISTE SANTOS, *Relevancia del concepto canónico de "certeza moral"*, cit. págs. 667-668, y del mismo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. págs. 309 y sigs.

[81]Así se hizo hacia 1780 en el *Old Bailey* de Londres, como relata WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, cit.pág. 187.

[82]La primera vez que lo hicieron, al traducir la obra de BLACKSTONE, *Commentaires sur les loix angloises*, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford, t. V, Bruselas 1776, pág. 176, lo tradujeron simplemente como "connoisance" (sic).

[83]Vid. por ejemplo, DE LA TOUR, Bertrand, *Oeuvres*, Colonia 1776, pág. 41.

[84]BLACKSTONE, Commentaries on the Laws of England, III, London 1794, cap. 23, págs. 373-374: "As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an

Pero conforme fue pasando el tiempo, el mundo del *Common Law* sintió –aunque no unánimemente[85]– la necesidad de determinar mejor los niveles de convicción a fin de intentar evitar –creo que vanamente– veredictos erróneos, y así surgieron la "probabilidad preponderante" –*preponderance of evidence*–[86] o *balance of probabilities* en el Reino Unido[87] y la *clear and convincing evidence*[88]. La primera sería el estándar mínimo para dar por probado un hecho en una sentencia, que podría representarse intuitivamente con un porcentaje del 50,01% de convicción[89]. El segundo sería más exigente, pero un escalón por debajo del "más allá de toda duda razonable". Surgen así, como se ve, tres estándares que recuerdan muy poderosamente a la *semiplena probatio* y a la *probatio plena*, quedando el *beyond any reasonable doubt* en el terreno de una especie de *probatio plenissima*, tan difícil de definir como aquel antiguo concepto[90]. También se ha hablado de estándares inferiores a la *preponderance of evidence*, que sirven sobre todo en el proceso penal para iniciar actuaciones policiales. El más conocido sin duda es el de la *probable cause*[91], pero se han desarrollado algunos más sobre todo en la jurisprudencia estadounidense, pero que no son ni tan conocidos ni tan utilizados.

Finalmente, en Alemania habla la doctrina de la medida de prueba –*Beweismaß*–[92]. Se trata de diferentes medidas de prueba en realidad, y ofrecen también distintos niveles de convicción

---

ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol eyidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attaints came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attaint, in case they could shew by any additional proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attaints began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows any thing of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court."

[85]Son bien conocidas las críticas de WIGMORE, John Henry, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. IV, Boston 1905, §2497-2498, págs. 3540-3547, sobre el particular.

[86]REDMAYNE, M., "Standards of Proof in Civil Litigation", *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo 1999, págs. 167 y sigs.

[87]MURPHY, Peter, *Murphy on evidence*, Oxford 2005, pág. 102

[88]REDMAYNE, M., "Standards of Proof in Civil Litigation", cit. pág. 187.

[89]GUERRA, A. / LUPPI, B. / PARISI, F., "Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis", *The B.e. Journal of Thworetical Economics*, 2019, p 2.

[90]LAUDAN, *Truth, error and Criminal Law*, cit. págs. 29 y sigs. DOAK, Jonathan /MCGOURLAY, Claire, *Criminal evidence in context*, London – New York 2009, págs. 58 y sigs. KEANE, Adrian, *The modern law of evidence*, London 2000, págs. 92 y sigs. CHOO, Andrew L-T, *Evidence*, Oxford 2009, pág. 49.

[91]IV enmienda de la Constitución de los EEUU. Sobre el mismo, MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Madrid 2019, págs. 17 y sigs.

[92]LEIPOLD, Dieter, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1985. GOTTWALD, Das relative Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß, FS Henrich 2000, págs. 165 y sigs. SCHWEIZER,

que en parte son conocidos por el Derecho continental y en parte por el *Common Law*. De este último se ha adoptado la probabilidad preponderante –*Überwiegensprinzip*–[93] y el más allá de toda duda razonable, como estándares de convicción respectivamente del proceso civil y del proceso penal, pero existe un tercer estándar que es la *Glaubhaftmachung*[94], que equivaldría a la prueba *prima facie* del Derecho español o italiano entre otros. Significa este último un estándar mínimo de convicción, suficiente para la adopción de medidas cautelares en general, salvo las más graves del proceso penal, que requieren un grado de convicción superior. Se discute si debe existir también una medida de prueba en los casos del *Anscheinbeweis* –prueba de la apariencia–[95], es decir, en los supuestos en que claramente la decisión del proceso en favor del actor depende de indicios derivados de una prueba que habitualmente sería considerada insuficiente, pero que en determinados supuestos–tipo frecuentes, puede servir para dar lugar a la demanda[96]. No falta quien intenta cuantificar con guarismos el *Beweismaß*.[97]

Como se ve, parece que ninguna familia jurídica ha sido ajena al tema de los estándares. Quizás sea por nostalgia de las falsas seguridades que ofrecía el antiguo sistema de la *probatio plena/semiplena probatio*, o probablemente por darle algún tipo de pauta a los jueces a la hora de cumplir la dificilísima labor de valorar la prueba, una vez superada la vocación de control del *secundum allegata et probata*, y habiendo asumido ya la confianza que deposita en el juez el sistema de libre valoración de la prueba. Aunque hay que tener en cuenta algunos hechos que son importantes.

En primer lugar, hablar de la probabilidad preponderante y determinarla como una conclusión más probable que improbable, no es ninguna herramienta que ayude al juez, sino que se trata de una simple descripción de su labor cotidiana. Desde luego que para no ser arbitrario, el juez debe declarar probado lo que puede justificar a través de la motivación que le parece más probable, y no lo que le parece menos factible. Es tan obvio que no haría falta ni decirlo.

En segundo lugar, debe tenerse muy presente que la definición de los estándares está sobre todo pensada para el jurado[98], a fin de ofrecer puntos de referencia que ayuden a construir la

---

Beweiswürdigung und Beweismaß, Tübingen 2015. BRINKMANN, M., Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005.

[93]SCHWEIZER, Beweiswürdigung und Beweismaß, cit. pág. 455.

[94]SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, Köln 1996, págs. 4-5 y 75 y sigs.

[95]Me ocupé del concepto en NIEVA FENOLL, "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, págs. 268 y sigs, traducido al alemán en NIEVA FENOLL, "Beweislast und Beweiswürdigung: Begriffe, die einer Überprüfung bedürfen", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 13, 2008, págs. 297 y sigs.

[96]Vid. BRINKMANN, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, cit. págs. 54 y sigs.

[97]Vid. la sorprendente enumeración de autores y porcentajes que reproduce SCHWEIZER, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, cit. pág. 454.

[98]Lo reconocía WIGMORE, A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law, cit. §2497, pág. 3543-3544, citando la opinión del Juez May: "Nevertheless, when anything more than a simple caution and a brief definition is given, the matter tends to become one of mere words, and the actual effect upon the jury, instead of being enlightenment, is rather confusion or, at the least, a continued incomprehension. In practice, these detailed amplifications of the doctrine have usually degenerated into a mere tool for counsel who desire to entrap an unwary judge into forgetfulness of some obscure precedent, or to save a cause for a new trial by quibbling, on appeal, over the verbal propriety of a form of words uttered or declined to be uttered by the judge. "No man can measure with a rule he does not understand; neither can juries determine by rules obscure in themselves and made yet more obscure by attempted definition." The effort to perpetuate and develop these unserviceable definitions is a useless oe, and serves to-day chiefly to aid the purposes of the tactician. It should be wholly abandoned."

intuición inmotivada que expresa con su veredicto[99], habiéndose estudiado la posibilidad de que los jurados quizás podrían verse influidos psicológicamente por las palabras empleadas en cada estándar[100]. Sin embargo, el método es tan inseguro que últimamente hasta se ha llegado a sugerir a los jurados que midan su sensación de sorpresa ante la hipótesis de que el relato de la acusación no fuera cierto[101], a fin de acreditar la contundencia de su convicción de culpabilidad. En fin, un capítulo más en la historia de una reliquia histórica –el jurado– que por absurdas razones políticas se resiste a morir.

Sea como fuere, los estándares forman parte de la *burden of persuasion*, es decir, del momento de la decisión, a diferencia de la *burden of production*, que opera solamente para los jueces en el momento de admitir las pruebas antes de que las vea el jurado, y que tiene por objeto que los jurados presencien solamente material de calidad, y no pruebas falsarias como por ejemplo dictámenes periciales basados en *junk science*, como recordó la serie de sentencias Daubert[102]. Es importante recordar que en el sistema estadounidense nadie debe motivar el cumplimiento de los estándares, tampoco el juez, por lo que su virtualidad se agota precisamente en ese punto: la convicción inmotivada de los jurados[103]. Quiero decir con ello que no hay nada realmente científico detrás de esos estándares, en el sentido de que no describen la realidad, sino un mero *desideratum* psicológico que no va a ser comprobado.

De todos modos, aunque sí se procediera a esa comprobación y confirmación a cargo de un juez, el resultado podría ser finalmente el mismo. Pese a que ha habido muy apreciables esfuerzos para dotar de contenido científico a esos estándares[104], lo cierto es que esos esfuerzos sólo sirven para intentar guiar al juez más en su motivación que en su convicción, en el sentido de que tendrá –teóricamente– que ajustarse al contenido de los estándares a la hora de redactar

---

[99]Vid. DANE, Francis C., "In Search of Reasonable Doubt", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, 1985, pág. 142.

[100]Con esta idea se hizo la experimentación de KAGEHIRO, D. K. / STANTON, C., "Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, 1985, págs. 160 y sigs.

[101]GINTHER, M.; CHENG, E.K., "Surprise vs. Probability as a Metric for Proof", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018, págs. 1081 y sigs. PARDO, M. S., "Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger's surprise theory", *Seton Hall Law Review*, 48(4), 2018, págs. 1039 y sigs. Vid. también RISINGER, D., "Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it", *Seton Hall Law Review*, 48(4), 2018, págs. 965 y sigs.

[102]Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999). Sobre esta jurisprudencia, vid. FAIGMAN, David L., "The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science", *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC *Davis Law Review* 2013, pág. 104. FOURNIER, Lisa R., "The *Daubert* Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, pág. 308. GARRIE, Daniel B., "Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, pág. 122. VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015. DONDI, Angelo, "Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, págs. 261 y sigs, AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. ANSANELLI, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011, TARUFFO, Michele, "Prova scientifica e giustizia civile", en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, págs. 241 y sigs.

[103]Vid. TARUFFO, "Rethinking the Standards of Proof", cit. pág. 677.

[104]Aparte de la doctrina estadounidense que se está citando, vid. FERRER BELTRÁN, J., "Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention", inédito 2018, págs. 19 y sigs. *FERRER BELTRÁN, J.,* ***La valoración racional de la prueba*****, Madrid 2007.**

sus razonamientos[105]. Pero es fácil deducir que por intensos que sean los esfuerzos del juez en esa redacción, al final se van a centrar más en la argumentación de la que sea su decisión, basada en una sensación subjetiva[106], que en un auténtico ejercicio epistemológico construyendo su convicción de forma gnoseológicamente correcta. Ciertamente, en cualquier cálculo existe una parte subjetiva[107], pero para ser válido es cálculo, esa subjetividad no puede acabar siendo tan sumamente predominante como en este caso[108].

Este resultado decepcionante[109] –también para quien escribe– se comprueba no solamente leyendo las motivaciones de demasiados jueces en cuanto a su convicción probatoria, observando cómo seleccionan la información de la práctica de la prueba que les sirve para asentar su conclusión preconcebida, soliendo descartar inmotivadamente el resto. Es que, además, obrar de otra forma sería muy complicado porque es difícil incluir en la motivación de la sentencia absolutamente todos los extremos de un documento o todas las respuestas de la declaración de todos los testigos, explicando por qué le parecen al juez más o menos convincentes.

A lo más a lo que se puede aspirar es a que la motivación del juez sea intersubjetivamente razonable, en el sentido de que pueda convencer a la mayoría de observadores. Y en esa tarea es preciso realizar generalizaciones que desbordan el contenido de los estándares, porque no se puede clasificar a través de los mismos esa convicción judicial de manera que el juez diga que está convencido, más convencido o muy convencido, lo cual, además, no deja de ser una sensación absolutamente subjetiva.

En el fondo, la lógica de los estándares, como vamos a ver enseguida, está basada en la misma lógica matemática[110] de todo el sistema de valoración legal. Recordemos que se sumaban y se pesaban pruebas, lo que hoy nos parece aberrante, pero entonces era considerado razonable. Es fácil decir que 90[111] es más que 75 y 75 más que 50, pero esa lógica aritmética no se puede hacer realidad en un sistema de libre convicción judicial[112], salvo que se pueda medir científicamente

---

[105]Cfr. GASCÓN ABELLÁn, M., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, pág. 137.

[106]ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, cit. pág. 686.

[107] Vid. LOEVINGER, L., "Standards of Proof in Science and Law", *Jurimetrics Journal*, 32, n. 3, págs. 328, 335.

[108]Vid. la ilustrativa conclusión de CLERMONT, K. M., "Standards of Proof Revisited", Cornell Law Faculty Publications, 13, 2009, págs. 487: "The psychological mechanism for implementing standards of proof remains to be discovered. For the time being, science gives law no reason to abandon its traditional hope that its intuitive fact-finder roughly estimates the subjective probability of the burdened party's version of fact, and then compares the probability to a set scale of coarse gradations of probability, such as asking whether the version appears more likely than not or whether the version appears almost certain."

[109]Cfr. BALL, V.C., "The Moment of the Truth: Probability Theory and Standards of Proof", 14 *Vanderbilt Law Revies*, vol. 14, 1961, pág. 830.

[110]Vid. DEKAY, M.L., "The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof, *Law and Social Inquiry*, 21, n. 1, 1996, pág. 97.

[111]Es el porcentaje que suele citarse como referencia del *beyond any reasonable doubt*. Vid. VARS, F. E., "Toward general theory of standards of proof", *Catholic University Law Review*, 60 (1), 2010, pág. 2.

[112]Aunque algunos sugieren la interesante conclusión de que una referencia numérica puede orientar eficazmente a los jurados. MAGNUSSEN, S. / EILERTSEN, D.E. / TEIGEN, K.H. / WESSEL, E., "The Probability of Guilt in Criminal Cases: Are People Aware of Being 'Beyond Reasonable Doubt'?", *Applied Cognitive Psychology*, 28, 2014, págs. 196 y sigs.

la intensidad cerebral de la convicción humana, cosa que hoy no es posible[113], y ni siquiera puede decirse que fuera útil[114].

Lo que intento decir se observa con la apreciación del probablemente único estándar probatorio utilizado en España con cierta conciencia de que lo es: la prueba *prima facie*[115]. Se trata de una convicción superficial, rápida aunque no precipitada, que concede una tutela –habitualmente cautelar– a alguien que todavía tiene que demostrarla en un proceso. O que sirve para admitir a trámite una denuncia o querella, o una declinatoria o una tercería de dominio, al considerar mínimamente creíble la historia que cuenta el solicitante. En realidad, esa formulación es muy probable que sea una simple secuela de la antigua *semiplena probatio*.

Pero si nos acercamos al lado práctico de esos enjuiciamientos nos daremos cuenta de que en su mayoría exigen una convicción judicial total, al menos con los datos que en ese momento están sobre la mesa, que salvo en el caso de la denuncia –y no siempre– suelen ser todos los datos que se aportarán también en el proceso. Quizás es más exacto decir que el juez, para tomar cualquier decisión, debe tener una convicción que pueda motivar razonablemente con los datos de que disponga en cada momento. Intentar medir el nivel de convicción judicial es simplemente imposible. Es una sensación tan subjetiva como los intentos de objetivar el contenido de cada estándar[116]. En realidad, cuando se intenta esa objetivación se cae en la misma subjetividad al contener dicha objetivación elementos valorativos difícilmente justificables hasta las últimas consecuencias[117].

En suma, como antes se dijo, bien parece que en este contexto se esté expresando una añoranza por las seguridades del pasado de la prueba legal. Esas seguridades pueden obtenerse a veces, cuando todo el material probatorio es unívoco. Pero si no lo es –y a veces no lo es–, inevitablemente se entra en el subjetivismo para intentar –no nos engañemos– adivinar lo que ocurrió. Y justamente ahí es cuando olvidamos la afirmación de uno de los pocos juristas que, a mi juicio, sin llevar la cuestión al cumplimiento de ningún estándar, centró el tema de manera más correcta y útil.

Me estoy refiriendo a ULPIANO y su referencia a las sospechas.

"*Pero Trajano respondió por rescripto a Adsiduo Severo que nadie debía ser condenado por sospechas: es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente.*" [118]

No es controvertido lo que es una sospecha. Es lo contrario de una certeza, es decir, una incertidumbre. Lo que dijo el jurista romano es bien fácil de entender, aunque suene duro a los punitivistas. Es preferible que se escapen delincuentes a que condenemos a un inocente. Si no

[113]PEČARIČ, M. / KOZJEK, T., "From rational to more rational standards of proof", *International Journal of Public Policy*, Enero 2016, págs. 115 y sigs.
[114]CLERMONT, K.M., "Staying Faithful to the Standards of Proof", cit. pág. 3.
[115]Sobre el concepto, NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona 2007.
[116]FERRER BELTRÁN, "Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention", inédito 2018, págs. 19 y sigs.
[117]GONZÁLEZ LAGIER, "Prueba y argumentación. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", *inédito* 2018, pág. 13.
[118]Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: "sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari."

podemos afirmar tajantemente que alguien ha cometido un delito, debemos absolverlo. Y por supuesto, podríamos decir que ULPIANO –pese a la época a la que pertenece– era un "inocentista" y por tanto un exagerado, y que lo correcto es condenar cuando existen datos probatorios que involucran a un sujeto con el crimen, pero también datos en sentido contrario igualmente fiables. Pero seguimos respetando la máxima de ULPIANO, es decir, la presunción de inocencia, porque nos sigue pareciendo –ojalá que por mucho tiempo[119]– lo más justo.

Por ello creo que ha sido más certera la estrategia de la probabilidad inductiva[120] tanto en su método como en sus resultados, compatibles además con las orientaciones de la psicología[121] sobre el particular y hasta con algunos desarrollos doctrinales sobre los estándares de prueba. La idea consiste en trazar hipótesis bien construidas que expliquen un relato de hechos relevante para el proceso. Sólo si logramos descartar razonablemente todas las hipótesis alternativas a la del relato de culpabilidad, podremos condenar, y siempre que este relato sea también razonable. Eso es justo lo que reclamaba ULPIANO. Pero intentar elevar este acertado *modus operandi* o estrategia a la categoría de estándar me parece desacertado, porque no es posible explicarlo con el detalle que precisa la seguridad que debiera dar un estándar.

Bien al contrario, tanto a un juez como –muy especialmente– a un jurado, sería mucho más útil decirles que deben elaborar hipótesis diferentes sobre cómo sucedieron los hechos, procediendo al descarte de las que no les parezcan razonables. Si ninguna les parece razonable, deben absolver, aunque no hayan logrado configurar un relato. Sólo si una hipótesis inculpatoria parece razonable y se pueden descartar, no por intuición, sino con argumentos, las hipótesis de inocencia, se podrá condenar legítimamente. No hay que dejarse llevar por la rabia contra alguien que prejuzgamos como delincuente y que nos produce coraje que pueda escaparse. Esa debería ser la segunda advertencia, insisto que tanto a jueces como a jurados, allí donde todavía existan.

Y lo mismo debe ocurrir en un proceso civil, aunque sin la referencia de la presunción de inocencia, lo que, por cierto, hace las cosas más complicadas. En un proceso civil aparecerán varias hipótesis de lo que es razonable. El juez debe escoger la que pueda fundamentar mejor, sin deber preferir por defecto la opción que beneficia a una de las partes. En el proceso penal sí debe existir esa preferencia para compensar la desigualdad que en el proceso le produce al reo el enorme poder investigador del Estado –particularmente de la policía– que puede convertir muy fácilmente a un inocente en culpable. Y además para combatir el enorme prejuicio social de culpabilidad que padece toda la población humana, y que es la principal razón de existencia de la presunción de inocencia[122].

En consecuencia, en mi opinión es conveniente huir de la lógica de los estándares de prueba. Fueron pensados, primero, para controlar a los jueces, y más adelante para orientar a jurados

---

[119]Aunque existen ya voces que empiezan a pronunciarse parcialmente en contra, sugiriendo emplear un estándar de prueba más bajo para los reos reincidentes, lo que puede esconder una intención de orillar finalmente la presunción de inocencia. Vid. LAUDAN, Larry, "Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by Empiricizing the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018, págs. 1243 y sigs.

[120]COHEN, Lawrence Jonathan, *The probable and the provable*, Oxford 1977, págs. 121 y sigs.

[121]JOHNSON-LAIRD, pág. N., "Mental Models and Probabilistic Thinking", *Cognition*, 1994, 50, págs. 191 y sigs.

[122]NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, págs. 75 y sigs.

sobre todo. Pero ni aquellos lograron una mejor justicia, ni estos han logrado poseer el empirismo necesario para ser considerados realmente científicos, más allá de una posible virtualidad en la orientación del comportamiento de un juez[123]. Bien al contrario, es mejor enfrentarse con la realidad y sus múltiples caras tal y como es, seleccionando la que el juez pueda justificar que es más razonable. Poco más –y no es poco– puede hacerse.

4. Las razones del sistema de prueba legal.

Se han dicho ya algunas de las razones del sistema de prueba legal y se ha explicado sumariamente cómo funcionaba este absurdo escenario probatorio. Pero conviene profundizar en esas razones del sistema, que ciertamente las tenía.

Aunque no se ha dicho habitualmente de ese modo, cuando se repasan las resistencias doctrinales que durante el siglo XIX se sucedieron para suprimir el sistema de prueba legal[124], sobre todo en el proceso civil, se descubren claramente cuáles fueron esas razones de por qué la doctrina concibió un sistema en el que el juez o pudiera introducir hechos en el proceso, no pudiera ser proactivo con las alegaciones de las partes y no pudiera valorar la prueba a su voluntad.

En el siglo XIX temían los abogados que los procesos se les fueran de las manos. Lo siguen temiendo aún hoy muchos cada vez que oyen hablar de prueba de oficio. Pues bien, ese terror en el siglo XII estaba perfectamente justificado en la época[125]. Los jueces eran simples delegados del poder político. Por tanto, carecían de independencia y además adolecían de una preparación muy precaria, básicamente la que cabe suponer en un jurista antes del nacimiento de las Universidades, y sobre todo en alguien que es designado por el poder político, lo que hace pensar en él como un "amigo" o protegido, es decir, un inepto. En alguien así no podían confiar los primeros juristas universitarios de la historia, y mucho menos para encomendarles las controversias comerciales propias de su nivel estamental, que no era el de la nobleza o realeza que había designado al juez.

Por tanto, diseñaron un sistema en el que el juez tiene que trabajar lo menos posible. No puede utilizar su intuición o consciencia ni tampoco su conocimiento privado de los hechos, sino que solamente podía juzgar *secundum allegata et probata* (*partium*). Así nació el principio dispositivo[126], del que mucho después emanó el principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*)[127]. No se le permitió tampoco ir *ultra petta partium*. En el fondo, se trata de una expresión medieval del derecho de defensa. En ese contexto las partes podían atacarse y

[123]DEMOUGIN, D. / FLUET, C., Deterrence vs. Judicial Error: A Comparative View of Standards of Proof, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 161, 2005, págs. 193 y sigs.
[124]Vid. GNEIST, Rudolph, Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, Berlin 1849,pág. 62. BÄHR, Otto, *Die Grenzen der freien Beweistheorie*, en: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, T. 25 (1887),pág. 413. HEUSLER, Andreas, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, AcP nº 62 (1879), pág. 305.
[125] Lo explico en NIEVA FENOLL, "La actuación de oficio del juez nacional europeo", cit.
[126]JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit.pág. 93. ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, cit. págs. 425 y sigs. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil*, RDProc, 1972, pág. 520. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia 2003, págs. 31 y sigs.
[127]JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit.pág. 97.

defenderse sin que el juez interfiriera o se decantara por una u otra. Y así consiguieron, además de garantizar el derecho de defensa, a un juez independiente e imparcial.

Pero aunque el juez no interfiriera en lo que alegaban y aportaban como prueba las partes, siempre podía escapar del control de los litigantes sobre el objeto del juicio valorando la prueba libremente. Justamente esto último es lo que impidió el sistema de prueba legal. Sólo se daría por probado lo que dijera la ley, a través de la *plena probatio*. Todo el resto sería una prueba mperfecta, es decir, la *semiplena probatio*, que sí que era claramente susceptible de valoración libre, aunque en general los jueces se limitaban a "pesar" dicha prueba[128].

Sin embargo, entonces entró en juego otro factor que aún se observa en algunos lugares en los que se conserva la prueba legal, y que de hecho explica las decisiones de no pocos servidores públicos y a veces también privados: la minimización de la carga cognitiva[129], o ley del mínimo esfuerzo. Dicha "ley" dicta que ante una perspectiva de decisión, el ser humano tiene la tendencia a adoptar la que le cuesta menor esfuerzo cognitivo. Pues bien, el sistema legal era un sistema realmente fácil de aplicar en la práctica. Solamente había que sumar testigos, tomar juramentos y comprobar que un documento es público. No es de extrañar que este sistema provocara el absentismo de los jueces, porque no hacían la más mínima falta. En realidad, el juez pasó a ser lo que es ahora todavía en demasiadas latitudes. Un sujeto cargado de un halo de autoridad que simplemente firma el trabajo mecánico que hace el personal de su juzgado.

No es nada extraño que varios autores quisieran que el sistema cambiara para que los jueces, por su propio sentido común, acreditaran la realidad al margen de las injusticias de las pruebas legales. El mismo VOLTAIRE[130] fue uno de los más destacados en contra del sistema y que, por tanto, puso las bases del cambio.

5. Las razones del sistema de libre valoración de la prueba.

BENTHAM fue probablemente el que hirió de muerte el sistema de prueba legal[131]. La justificación era muy sencilla: es un sistema contrario a la lógica, sin más. No podía ser que en un caso concreto todo el mundo viera racionalmente una determinada realidad, y en cambio la justicia se separara de la realidad por culpa del sistema de valoración legal. Es probable que la incomprensión social por las decisiones de los jueces venga de entonces, momento en el que sin duda se creó la idea de que una cosa era la verdad y otra lo que declaraban los jueces. Los conceptos de verdad formal y verdad material, que describían muy gráficamente el antiguo y el

[128]De nuevo, JAUMAR y CARRERA, *Práctica forense*, cit.pág. 48.
[129]GARNHAM, Alan / OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, trad. de Eva JUARROS DAUSSÁ de la obra *Thinking and reasoning* de 1994, Barcelona 1996, pág. 288.
[130]VOLTAIRE, (François-Marie Arouet), *Oeuvres complètes de Voltaire*, t. XXXVI, *Politique et législation*, vol. 4, Bruselas 1829, págs. 104 y sigs
[131]BENTHAM, Traité, cit. pág. 9. "…on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets."

nuevo sistema respectivamente, trataron justamente de desautorizar al sistema legal[132], aunque luego fueran tal mal entendidos.

Por tanto, lo que correspondía era desmontar el sistema. Si se renuncia a la valoración legal, automáticamente debe caer también la idea de que las partes deben aportar al proceso la prueba que les favorezca, por lo que se abre paso el principio de adquisición procesal y deja de tener sentido la carga subjetiva de la prueba. Y si, como hemos visto, la carga objetiva al final se centra en una cuestión de pura valoración racional, el concepto de carga objetiva decae también. Se supera así la noción de carga de la prueba por completo.

Incluso se empieza a apuntar el paso siguiente, que consiste en acabar de desmontar el *secundum allegata et probata* abriendo la puerta a la prueba de oficio, atribuyendo una confianza al juez que no tuvo en el pasado. Todos los pasos citados fueron o son polémicos, pero este último en concreto ha despertado unas inquinas doctrinales impropias[133] que han oscurecido la intención de fondo: que el sistema de valoración libre pueda desplegar todos sus efectos.

En Derecho siempre es muy costoso y arriesgado luchar contra la tradición, pero es obligado hacerlo si sigue parámetros absurdos. El problema es que cuando se desmonta un sistema hay que construir una alternativa razonable, y ahí fallaron todos los tratadistas del siglo XIX y buena parte del XX. Probablemente tenían tanta confianza en el Imperio de la Razón que pensaron que se impondría por sí sola. No fue así. Los jueces fueron utilizando las expresiones "íntima convicción", "sana crítica" o "máximas de la experiencia" simplemente para encubrir con una frase hermosa el uso de su propia intuición. Hay que reconocer que se les había dejado a los pies de los caballos. Del cómodo sistema de valoración legal pasaron de repente a la nada. Y encima se les exigía que motivaran.

Los intentos de orientarles realmente tardaron aún mucho tiempo. Los estándares probatorios, pura reminiscencia mimética del sistema legal, no sirvieron de mucho, pero al menos pusieron el objetivo en el lugar adecuado, el razonamiento judicial, convirtiendo el problema en una cuestión epistemológica, lo que es acertado y propició trabajos de procesalistas con profunda formación filosófica como Michele TARUFFO[134], o directamente de filósofos del Derecho[135]. Ellos

---

[132]BUSCH, Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen, cit.pág. 65. ENDEMANN, Wilhelm, Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse, AcP nº 41(1858),pág. 324.

[133]ENDEMANN, *Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse*, cit. págs. 289 y sigs. WACH, Adolf, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vol. 14 1872, págs. 331 y sigs. VON CANSTEIN, Raban Freiherr, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, ZZP nº 2 (1880),pág. 351. CAVALLONE, Bruno, *En defensa de la verifobia*, en: "CAVALLONE / TARUFFO, Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad, Lima 2010, pág. 31. MONTERO AROCA, Juan (con Gómez Colomer y Barona Vilar), *Derecho jurisdiccional*, I, Valencia 2012, pág. 266. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, Valencia 2006, pág. 25. CIPRIANI, *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes*, in MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, pág. 93.

[134]Entre otros muchos trabajos, TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1970. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de "la prova dei fatti giuridici, milano 1992, Madrid 2002.

[135]Por todos, LAUDAN, L., Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology, New York 2006. HAACK, S., Evidence Matters, New York 2014. GASCÓN ABELLÁN, M., Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, Madrid 2004. *FERRER BELTRÁN, J.,* ***La valoración racional de la prueba*****, Madrid 2007.** *FERRER BELTRÁN, Jordi,* Prueba y verdad en el derecho, Madrid 2005.

han ayudado a centrar el problema en su justa dimensión y han puesto encima de la mesa las carencias estructurales del sistema.

Esas carencias son el problema actual de la valoración libre. Empieza a estar asumido el reconocimiento de que para valorar la prueba hay que salir del Derecho y mirar a la ciencia[136]. De ahí que la psicología del testimonio[137] haya supuesto una herramienta esencial en las pruebas de interrogatorio, o que la semiótica textual nos esté ayudando a interpretar debidamente los documentos, más allá de su lectura.

Habiendo avanzado muchísimo en materia de razonamiento probatorio con resultados bien tangibles, a mi juicio[138], el problema actual más acuciante de la valoración de la prueba se centra en la prueba pericial. Le pedimos a un no experto –el juez– que valore la labor de un experto: el perito. Es más o menos lo mismo que pedirle a un biólogo que valore una sentencia sobre cosa juzgada. Daubert nos ha ayudado a poner sobre las vías de la racionalidad este auténtico disparate, pero aún falta mucho por hacer.

En todo caso, hemos llegado al imperio de la libre valoración de la prueba, lo que obliga a liberarse de todas las ataduras del pasado: estándares probatorios, carga de la prueba y una visión demasiado estricta del principio de aportación de parte. Queda para el futuro el resultado procesal que ello provocará, que se verá afectado además por otros factores relevantes, entre ellos el tecnológico[139]. En todo caso, especialmente con este último habrá que estar muy pendiente de no perder la racionalidad a cambio de cálculos estadísticos sesgados y oscurantistas. El imperio de la razón fue una conquista social. Merecería la pena no perderlo.

6. Bibliografía.

ACCURSIUS, e.a. (1604), *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum,* Vol. 6, Lyon, pág. 17.

Tomás-Javier ALISTE SANTOS (2011), *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid.

Tomás-Javier ALISTE SANTOS (2010), "Relevancia del concepto canónico de "certeza moral" para la motivacion judicial de la "quaestio facti" en el proceso civil", *Ius ecclesiae*, Vol. 22, n. 3, págs. 651 y sigs.

Adolfo ALVARADO VELLOSO (2006), *La prueba judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Vincenzo ANSANELLI (2011), *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè, Milano.

Ferrucio AULETTA (2002), *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, CEDAM Padova.

[136]Es el enfoque que seguí en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.
[137]Por todos, MANZANERO, A. L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008.
[138]NIEVA FENOLL, "Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial", en AAVV, Peritaje y prueba pericial, Barcelona 2017, págs. 85 y sigs.
[139]NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018, págs. 79 y sigs.

AZZONE (o AZO o AZÓN) (1567), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea, rúbrica XX, pág. 23.

AZZONE (1581), Summa Azonis, Venecia, lib. III.

Otto BÄHR (1887), Otto, „Die Grenzen der freien Beweistheorie", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, T. 25, págs. 413 y sigs.

V.C. BALL (1961), "The Moment of the Truth: Probability Theory and Standards of Proof", 14 *Vanderbilt Law Review*, vol. 14, págs. 830 y sigs.

L. BAR (1867), *Recht und Beweis im Zivilprozesse*, Leipzig, págs. 46 y sigs.

Rolf BENDER / Armin NACK, / Wolf-Dieter TREUER (2007), *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, C.H. Beck, München 2007.

Rolf BENDER /Armin NACK (1980), „Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre", *Deutsche Richterzeitung*, págs. 121 y sigs.

Jérémie BENTHAM (1823), *Traité des preuves judiciaires*, Paris, t. II.

Chiara BESSO-MARCHEIS (2015), "La vicinanza della prova", *Revista Eletrônica de Direito Procesual*, v. 16, págs. 93 y sigs. En: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303.

F. BEX / D. WALTON (2012), "Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies", *Law, Probability and Risk* 11, págs. 118 y sigs.

William BLACKSTONE (1776), *Commentaires sur les loix angloises, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford*, t. V, Bruselas.

William BLACKSTONE (1794), *Commentaries on the Laws of England*, III, London.

M. BRINKMANN (2005), *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Carl Heymanns, Köln.

Bruno CAVALLONE (2010), "En defensa de la verifobia", en CAVALLONE / TARUFFO, *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad*, Palestra, Lima, págs. 31 y sigs.

Franco CIPRIANI, "El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes", en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 93 y sigs.

K.M. CLERMONT (2009), "Standards of Proof Revisited", *Cornell Law Faculty Publications*, 13, págs. 469 y sigs.

K.M. CLERMONT / E. SHERWIN (2002), "A Comparative View of Standards of Proof", *American Journal of Comparative Law* 50, n. 2, primavera, págs. 243 y sigs.

K.M. CLERMONT, (2018), "Staying Faithful to the Standards of Proof", *Cornell Legal Studies Research Paper*, n. 18-45, págs. 2 y sigs.

Lawrence Jonathan COHEN (1977), *The probable and the provable*, Oxford University Press, Oxford.

Giuseppe CHIOVENDA (1923), *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli.

Andrew L-T CHOO, (2009), *Evidence*, Oxford University Press, Oxford.

Elena D'ALESSANDRO (2018), "Onere della prova e legge applicabile", *Giurisprudenza italiana*, Nov., págs. 2546 y sigs.

Gaspare DALIA (2018), *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, CEDAM, Milano.

Francis C. DANE (1985), "In Search of Reasonable Doubt", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, págs. 142 y sigs.

Martino DE FANO (1584), "Negativa qualiter probanda", en: "AAVV, *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus*, T. IV, Venecia, pág. 12, n. 3 ("Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimatio personae standi in iudicio per quem probanda").

Bertrand DE LA TOUR (1776), Oeuvres, Colonia.

José DE VICENTE Y CARAVANTES (1856), *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid.

M.L. DEKAY (1996), "The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof", *Law and Social Inquiry*, 21, n. 1, págs. 97 y sigs.

D. DEMOUGIN / C. FLUET (2005), "Deterrence vs. Judicial Error: A Comparative View of Standards of Proof", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161, págs. 193 y sigs.

DENNIS (2013), *The Law of Evidence*, Sweet & Maxwell, London.

Jonathan DOAK / Claire MCGOURLAY (2009), *Criminal evidence in context*, Routledge-Cavendish, London – New York.

Angelo DONDI (1996), "Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, págs. 261 y sigs.

Guilielmus DURANTIS (1602), Speculum iuris, Venecia, lib. I.

Wilhelm ENDEMANN (1858), „Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse", *AcP* nº 41(1858), págs. 324 y sigs.

Ramon ESCALER BASCOMPTE (2017), *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona.

José Francisco ETXEBERRIA GURIDI (2003), *Las facultades judiciales en materia probatoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

David L. FAIGMAN (2013), "The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science", Legal Studies Research Paper Series, n. 19, 46 *UC Davis Law Review*, pág. 104.

Jordi FERRER BELTRÁN (2018), "Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention", inédito, págs. 19 y sigs.

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

Jordi FERRER BELTRÁN (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Lisa R. FOURNIER (2016), "The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, págs. 308 y sigs.

Alan GARNHAM / Jane OAKHILL (1996), *Manual de psicología del pensamiento*, trad. de Eva Juarros Daussá de la obra Thinking and reasoning de 1994, GBS Grupo Planeta, Barcelona.

B. GARNOT (2010), "Voltaire et la justice d'ancien régime: la médiatisation d'une imposture intellectuelle", *Nouveau Monde Éditions*, n. 15, pág. 29.

Daniel B. GARRIE (2014), "Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, págs. 122 y sigs.

Marina GASCÓN ABELLÁN (2005), "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, págs. 137 y sigs.

Marina GASCÓN ABELLÁN (2004), *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

M. GINTHER / E.K. CHENG (2018), "Surprise vs. Probability as a Metric for Proof", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, págs. 1081 y sigs.

Julius GLASER (1883), *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883.

Rudolph GNEIST (1849), *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin.

Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2020), "Prueba y argumentación. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 23, págs. 91 y ss.

Thomas F. GORDON / Douglas WALTON (2011), "A formal model of legal proof standards and burdens", en EMEREN, F.H. van (Ed.); GARSSEN, B. (Ed.); GODDEN, D. (Ed.); MEUFFELS, B. (Ed.); *International Society for the Study of Argumentation -ISSA-:7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation 2010*. Proceedings: Amsterdam, June 29 to July 2, 2010, Sic Sac, Amsterdam, págs. 644 y sigs.

Peter GOTTWALD (2000), „Das relative Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß", *FS Henrich*, págs. 165 y sigs.

Ulrike GRÄFE (2011), *Leo Rosenberg – Leben und Wirken (1879-1963)*, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 46 y sigs.

Wolfgang GRUNSKY (2003), Zivilprozessrecht, Luchterhand, Bielefeld.

A. GUERRA / B. LUPPI / F. PARISI (2019), "Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis", *The B.e. Journal of Thworetical Economics*, págs. 2 y sigs.

Susan HAACK (2014), *Evidence Matters*, Cambridge, New York.

Andreas HEUSLER (1879), „Die Grundlagen des Beweisrechts", *AcP* nº 62, págs. 305 y sigs.

Othmar JAUERNIG / Burkhard HESS (2011), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.

Joaquín JAUMAR y CARRERA (1840), *Práctica forense*, Barcelona.

Philip N. JOHNSON-LAIRD (1994), "Mental Models and Probabilistic Thinking", *Cognition*, 50, págs. 191 y sigs.

D.K. KAGEHIRO / C. STANTON (1985), "Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, págs. 160 y sigs.

Max KASER / Karl HACK (1996), *Das römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.

Adrian KEANE (2000), *The modern law of evidence*, Butterworths, Oxford.

Josef KOHLER (con HOLTZENDORFF) (1904), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig, págs. 315 y sigs.

Federico LARA PEINADO (1997), *Código de Hammurabi*, Tecnos. Madrid.

Larry LAUDAN (2006), *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, New York.

Larry LAUDAN (2018), "Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by Empiricizing the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, págs. 1243 y sigs.

Hans-Willi LAUMEN (2009), „Grundbegriffe der Beweislast", en BAUMGÄRTEL / LAUMEN / PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, Heymanns, München, págs. 42 y sigs.

Dieter LEIPOLD (1985), *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß*, De Gruyter, Berlin.

Dieter LEIPOLD (1997), *Comentario al §286 ZPO*, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Mohr Siebeck, Tübingen, págs. 527 y sigs.

Carlo LESSONA (1928), *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Parte General, Trad. de Enrique Aguilera de Paz, Madrid.

L. LOEVINGER (1992), "Standards of Proof in Science and Law", *Jurimetrics Journal*, 32, n. 3, págs. 328 y sigs.

Wolfgang LÜKE (2011), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.

Joaquín LLOBELL TUSET (1998), "La certezza morale nel processo canonico matrimoniale", en Il Diritto Ecclesiástico, 109/1, págs. 771 y sigs.

S. MAGNUSSEN / D.E. EILERTSEN / K.H. TEIGEN / E. WESSEL (2014), "The Probability of Guilt in Criminal Cases: Are People Aware of Being 'Beyond Reasonable Doubt'?", *Applied Cognitive Psychology*, 28, págs. 196 y sigs.

Antonio L. MANZANERO PUEBLA (2008), *Psicología del testimonio*, Pirámide, Madrid.

Gian Antonio MICHELI (1966), *L'onere della prova*, CEDAM, Padova 1966.

Manuel MIRANDA ESTRAMPES (2019), *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Madrid.

Juan MONTERO AROCA (2012), (con GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR), *Derecho jurisdiccional, I*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan MONTERO AROCA (2005), *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor.

Lluís MUÑOZ SABATÉ (1993), *Técnica probatoria*, 3ª ed., Bosch, Barcelona.

Lluís MUÑOZ SABATÉ (1967), *Técnica probatoria*, Bosch, Barcelona.

Peter MURPHY (2005), *Murphy on evidence*, Oxford University Press, Oxford.

Hans-Joachim MUSIELAK (2002), *Grundkurs ZPO*, C.H. Beck, München.

Jordi NIEVA FENOLL (2016), "El mal nombre del principio inquisitivo", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, págs. 30 y sigs.

Jordi NIEVA FENOLL (2019), "La actuación de oficio del juez nacional europeo", *Diario La Ley*, n. 9000, 14-6-2017, traducido al italiano en NIEVA FENOLL, "I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2019, págs. 1223 y sigs.

Jordi NIEVA FENOLL (2019), "La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida", en NIEVA / FERRER / GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, págs. 25 y sigs.

Jordi NIEVA FENOLL (2016), "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión", en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid 2016, págs. 268 y sigs, traducido al alemán en NIEVA FENOLL, "Beweislast und Beweiswürdigung: Begriffe, die einer Überprüfung bedürfen", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 13, 2008, págs. 297 y sigs.

Jordi NIEVA FENOLL (2017), "Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial", en AAVV, *Peritaje y prueba pericial*, Bosch, Barcelona, págs. 85 y sigs.

Jordi NIEVA FENOLL (2019), *Derecho procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Jordi NIEVA FENOLL (2018), *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons Madrid.

Jordi NIEVA FENOLL (2007), *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier Barcelona.

Jordi NIEVA FENOLL (2013), *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid.

Jordi NIEVA FENOLL (2010), *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

Knut Wolfgang NÖRR (1967), *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München 1967.

Knut Wolfgang NÖRR (2012), Romanisch-kanonisches Prozessrecht, Springer, Berlin.

Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ (2011), *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid.

Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA (1856), *Práctica general forense*, T. II, Madrid.

M. S. PARDO (2018), "Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on risinger's surprise theory", *Seton Hall Law Review*, 48(4), págs. 1039 y sigs.

M. PEČARIČ / T. KOZJEK, "From rational to more rational standards of proof", *International Journal of Public Policy*, Enero 2016, págs. 115 y sigs.

Jorge W. PEYRANO (2008), *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos aires.

Petra POHLMANN (2014), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.

H. PRAKKEN / G. SARTOR (2009), "A Logical Analysis of Burdens of Proof". en KAPTEIN, H. / PRAKKEN, H. /VERHEIJ, B. (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, págs. 223 y sigs.

Hanns PRÜTTING (2010), "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno Derecho probatorio", *Revista Ius et Praxis*, n. 1, págs. 457 y sigs.

M. REDMAYNE (1999), "Standards of Proof in Civil Litigation", Modern Law Review 62, no. 2, Marzo, págs. 167 y sigs.

D. RISINGER (2018), "Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it", *Seton Hall Law Review*, 48(4), págs. 965 y sigs.
Leo ROSENBERG / Karl Heinz SCHWAB / Peter GOTTWALD (2018), *Zivilprozeßrecht*, C.H. Beck München.

Leo ROSENBERG (1923), *Die Beweislast*, Otto Liebmann, Berlin.

Leo ROSENBERG (1929), *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Otto Liebmann, Berlin.

Inge SCHERER (1996), *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, Heymanns, Köln.

Eberhard SCHILKEN (2006), *Zivilprozessrecht*, Heymanns, München.

Mark SCHWEIZER (2015), *Beweiswürdigung und Beweismaß*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1972), "Liberalización y socialización del proceso civil", *RDProc*, págs. 520 y sigs.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1991), "*Comentarios*", en AAVV, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dirigidos por ALBALADEJO), Madrid 1991, tomo XVI, vol. 2, págs. 66 y sigs.

P. SUNDELIN (1860), *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland*, Anklam.

Michele TARUFFO (2012), "La valutazione delle prove", en AAVV (dir. TARUFFO), *La prova nel processo civile*, Milano, en la serie CICU / MESSINEO / MENGONI / SCHLESINGER, *Trattato di Diritto civile e commerciale* págs. 249 y sigs.

Michele TARUFFO (2003), "Rethinking the Standards of Proof", *American Journal of Comparative Law* 51, n. 3 verano, págs. 659 y sigs.

Michele TARUFFO (2017), "Prova scientifica e giustizia civile", en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma, págs. 241 y sigs.

Michele TARUFFO (1975), *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova.

Michele TARUFFO (2002), *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de "la prova dei fatti giuridici", Milano 1992, Trotta, Madrid 2002.

Michele TARUFFO (1970), Studi sulla rilevanza della prova, CEDAM Padova.

F.E. VARS (2010), "Toward general theory of standards of proof", *Catholic University Law Review*, 60 (1), págs. 2 y sigs.

Carmen VÁZQUEZ (2015), *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid 2015.

VOLTAIRE, (François-Marie Arouet) (1829), *Oeuvres complètes de Voltaire*, t. XXXVI, Politique et législation, vol. 4, Bruselas 1829, págs. 104 y sigs.

Raban Freiherr VON CANSTEIN (1880), „Die Grundlagen des Beweisrechts", *ZZP* n. 2, págs. 351 y sigs.

Adolf WACH (1925), "Rez. Rosenberg, Beweislast, 2. Auflage", *Juristische Wochenschrift*, 54, pág. 722.

Adolf WACH (1901), „Beweislast nach dem BGB", *ZZP*, 29, págs. 363 y sigs.

Adolf WACH (1872), „Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 14 1872, págs. 331 y sigs.

Adolph Dieterich WEBER (1805), *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, Halle.

James Q. WHITMAN (2005), *The origins of reasonable doubt*, Yale University Press, New Haven y London.

John Henry WIGMORE (1905), *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. IV, Little Brown, Boston.

InDret

3.2020

Hadeel Al Sharqawi
IE University

Reforming the U.S Stockholding and Voting Systems

Sumario

-

*La introducción del sistema de tenencia indirecta ("**IHS**") en Estados Unidos causó serias ineficiencias en la votación de los accionistas. El sistema de acciones ya no podía rastrear la propiedad de acciones a ningún accionista en particular. Esto desencadenó una serie de cambios legales, entre ellos la creación de un sistema de votación por poder mediante el cual los derechos de voto se transfieren del depositario de seguridad central ("**CSD**"), a los corredores de bolsa, bancos y otros tipos de intermediarios en el IHS hasta llegar a los accionistas. La complejidad del procedimiento y la opacidad del hecho de propiedad producen patologías de votación que socavan la integridad del mecanismo. Sin embargo, blockchain ofrece una solución revolucionaria: permite el seguimiento de la propiedad de acciones a accionistas anteriores y, por lo tanto, promete mitigar o eliminar dichas patologías de votación. No obstante, la adopción sigue dependiendo en gran medida de resolver las brechas regulatorias actuales y problemas de diseño técnico.*

Abstract

-

*The introduction of the indirect holding system ("**IHS**") in the US caused serious inefficiencies to shareholder voting. The stockholding system could no longer trace share ownership to any particular shareholder. This triggered a series of legal changes, among them the creation of a proxy voting system where voting rights are passed from the central security depository ("**CSD**"), to brokers/ banks, and other types of intermediaries in the IHS all the way to shareholders. Procedural complexity and ownership opacity yield voting pathologies that undermine the integrity of the voting mechanism. However, blockchain offers a revolutionary solution. It enables the tracing of share ownership to former and current shareholders, and thus, promises to mitigate or eliminate voting pathologies. Notwithstanding, adoption remains largely contingent on resolving current regulatory gaps and technical design issues.*

Título: *Reforma de los sistemas de votación y retención de acciones en los Estados Unidos*

-

Keywords: indirect holding system, voting pathalogies, blockchain.
Palabras clave: sistema de retención indirecta, patologías de votación, blockchain.

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.14

InDret

3.2020

Received
04/04/2020
-
Accepted
06/09/2020

Index

-

I. Introduction
II. The U.S Stockholding & Voting Systems
1. **Moving from a Direct to an Indirect Holding System**
2. **Ownership**
2.1 How Nominee Shares Are Owned
2.1.1 Agreement or Due Care Formulation
2.2 Misalignments with Delaware Corporate Law
3 **Corporate Voting**
3.1 How Nominee Shares Are Voted
3.2 Inefficiencies of Proxy Voting
4. **Pathologies of Shareholder Voting**
4.1 Pathologies of Complexity
4.2 Pathologies of Ownership
4.3 Pathologies of Misalignment
4.4 Financial Costs
III. A Potential Solution: Blockchain
1. **Blockchain Trends**
2. **What is Blockchain**
2.1 Distributed Ledgers
2.2 Cryptography
3. **Overhaul of Existing CSPs**
3.1 Envisioning CSPs on Blockchain
3.2 Technical Design Issues
3.3 Regulatory Gap
4 **Overhaul of Existing Proxy Voting System**
4.1 Envisioning Proxy Voting on Blockchain
4.2 Impact on Shareholder Voting
4.2.1 Pathologies of Complexity
4.2.2 Pathologies of Ownership
4.2.3 Pathologies of Misalignment
4.2.4 Financial Costs
IV. Conclusion

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

I. Introduction*

Theory of corporate law is premised on the consideration that shareholders are owners of a corporation, and control it by exercising their voting rights. Unfortunately, modern shareholder voting is broken. The current US voting system was not created through intentional architecture, but through necessity of accommodating a sudden transition from direct to indirect holding of securities.

For publicly listed corporations in the US, paper certificated transfers were highly inefficient and eventually triggered a crisis in the 1970s that necessitated the emergence of a CSD and clearing agency known as, Depository and Trust Company ("**DTC**"). The DTC keeps physical possession of most stock certificates, serves as the record owner for these shares, and clears and settles trades by transferring beneficial ownership of shares registered in book-entry form from seller to buyer.

However, this holding system meant that corporations lost traceability of beneficial (or true) owners. Because certificates are kept in fungible bulks it is impossible to specify who owns any given share of stock. Put differently, we no longer say that 'investor A' is the beneficial owner of stock certificate #123456789 instead she owns one share from a pool of interchangeable certificates. When A sells the stock, DTC does not link that specific share to one of the thousands of shares traded by other buyers that same day.

Indeed, this approach resolved an urgent crisis but the lack of traceability broke communication between the corporation and shareholders. New regulatory requirements and market practices emerged to rekindle communication by passing proxies or voting instructions back and forth from the record owner (DTC) to beneficial owners (shareholders) along a series of intermediaries. However, this voting system causes several pathologies – the costs of which burden shareholders and raise concerns about voting accuracy, transparency, and trustworthiness.

We delve, particularly, into the voting pathologies that are experienced by shareholders of a Delaware company listed on the New York Stock Exchange ("**NYSE**"). There is abundant literature on how such shareholders endure the inability to ascertain how their shares are voted despite being a perquisite for certain legal rights under corporate law (e.g. appraisal claims); the opacity of ownership that leads to over-voting in the context of stock loans; and the untraceable shares that are exploited by savvy investors routinely manipulating the system (e.g. through hedging) for personal profit.

As the voting system is built around untraceable shares, only incremental changes have been made till today to improve shareholder voting. However, the financial market has reached an interesting juncture at which blockchain could enable the tracing of share ownership throughout the settlement cycle. DTC would no longer serve as the record owner, nor hold shares in unidentifiable bulk. As some authors put it, blockchain offers an avenue for a direct holding system.[1]

* Autor de contacto: Hadeel Al Sharqawi, halsharqawi.ieu2015@student.ie.edu.

[1] Charles W Mooney Jr, 'Beyond Intermediation: A New (FinTech) Model for Securities Holding Infrastructures' (2019) University of Pennsylvania Law School 2098.

It follows that this contribution aims to examine: how the implementation of blockchain in the US stockholding and voting systems may impact shareholder voting. Blockchain promises to mitigate (or eliminate) voting pathologies – restoring accuracy, transparency, and trust in the voting system. However, the degree of impact depends, in part, on the choice of blockchain components and the method of implementation. This contribution suggests that a private permissioned blockchain is more appropriate than a public permissionless blockchain, given the economics of stockholding and voting systems. This view does not constitute an evangelization of a particular form of blockchain (nor of the technology itself).

To date, the concept of facilitating blockchain plumbing and/ or voting has been well received by corporate law.[2] However, the claims and predictions that blockchain will bring profound improvements reflect more hype than actual happenings. Proponents seem to overlook regulatory gaps and technical design issues which may preclude adoption. Further investigation into the matter has, conversely, lead us to reason that a blockchain solution remains theoretical unless regulatory gaps at federal and/ or state level; and technical design issues are resolved.

Formulating this reasoning involved (i) a purely technical study of blockchain's technological benefits/ challenges; and (ii) an examination of its functional and legal benefits/ risks for shareholders in the context of stockholding and voting. These considerations offered by literature are often either extreme or neutral. Thus, a pooling of these considerations allowed the formulation of a clearer multi-angled analysis of whether blockchain fits into the existing financial and legal infrastructure; and whether benefits and risks to shareholders are overstated or understated. Consequently, we endeavor to build a blockchain structure based on these multi-angled considerations.

Apart from varying extremities, varying blockchain components and models offered by extant literature meant different outcomes in terms of holding and voting. Thus, this contribution took inspiration of one single proposal made by the Council of Institutional Investors,[3] and thereafter appropriated elements suggested by other sources. In turn, the proposed blockchain infrastructure goes beyond the basic framework that is often described by extant literature. At the same time, this paper makes connections and comparisons between current holding/ voting systems and the proposed one in order to draw one's attention to novelty elements and remind the reader of faults within the IHS.

Moreover, an investigation into the subject matter was done by using an array of primary and secondary sources. The different layers of primary sources used reflect the interdependencies existent between stockholding and voting systems, at state and federal level. We rely on legislations including Delaware General Corporate Law ("**DGCL**"), Delaware's Uniform Commercial Code ("**UCC**"), and the federal

[2] Ibid.

[3] Council of Institutional Investors, 'Re: File Number 4-725 Roundtable on the Proxy Process' (Council of Institutional Investors 31 January 2019) 9 <www.sec.gov/comments/4-725/4725-4864575-177347.pdf> accessed 29 November 2019 (CII Letter 31 Jan 2019); Council of Institutional Investors, 'Re: File Number 4-725 Roundtable on the Proxy Process, and File Number S7-24-16 (Universal Proxy)' (Council of Institutional Investors 8 November 2018) 4 <www.cii.org/files/20181108%20CII%20Letter%20for%20SEC%20Proxy%20Roundtable.pdf> accessed 29 November 2019 (CII Letter 8 Nov 2018).

Securities Act of 1933 ("**SEC Rules**"). We also utilize US Securities and Exchange Commission ("**SEC**") releases – these are not positive law but are highly persuasive. Further, case law of Delaware's Chancery Court is used. For secondary sources we rely on SEC roundtables; proposals by Council of Institutional Investors to SEC; a seminal speech by Delaware's Vice Chancellor; white papers by renewed institutions; and a range of scholarly articles.

We layout our analysis as follows: Section II examines the evolution of the IHS and share ownership starting from the 1970s paper crisis; highlights the incompatibility between property rights under UCC and DGCL; and examines the unfavorable impact therefrom. The section then moves to the voting system, analyzing several voting pathologies and how they stem from procedural complexities of the voting process, and IHS conflicts with the core ideal of company ownership and shareholder voting.

Section III surveys recent blockchain trends in the financial market, and explains foundational concepts underpinning the technology – whilst minimizing programming jargon. It also demonstrates how blockchain clearing and settlement might address inefficiencies, and bring the reality of share registration back in line with its intended operation. However, this consideration is challenged by technical design issues and regulatory gaps – but we offset the latter issue by a proposal for regulatory relief under SEC Rules. The section moves to explain how blockchain voting operates, and how that might remedy voting pathologies in favor of greater transparency and trust. It would have been interesting to gauge how such reforms may further impact corporate governance. However, we forgo such analysis to preserve consistency and maintain focus on the plumbing and voting systems. Finally, we summarize the contribution with a brief conclusion.

II. The U.S Stockholding & Voting Systems

1. Moving from a Direct to an Indirect Holding System

Traditionally, all US corporate statutes provided for the issuance of registered shares, as opposed to bearer shares, in which each share of stock was registered as belonging to a specific person(s) on a corporation's books.[4] Particularly, DGCL deemed (and continues to deem) shareholders as persons who are, as of the record date, listed as registered owners on an issuer's books.[5] Only record holders in their capacity as shareholders are entitled to, notice of the shareholder meeting and voting. At that time, the holding system enabled issuers to deal directly with their investors when dividends or interest was paid, or even when the company merged.[6] However, standard practices known to the financial market for hundreds of years are no longer standard and do not represent the reality of publicly listed corporations in the US today.

[4] David Donald, 'The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America Ceded its Shareholders to its Intermediaries' (2007) University of Frankfurt Institute for Law and Finance Draft Paper 1017206, 5 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id1017206.pdf> accessed 29 November 2019.

[5] Del. Code Ann. tit. 8, § 219 (West).

[6] Alexander Daniels, 'Blockchain & Shareholder Voting: A Hard Fork for 21st Century Corporate Governance' [2018] 21 University of Pennsylvania Journal of Business Law 405, 414; Joseph L Bower and Lynn S Paine, *The Error at the Heart of Corporate Leadership* (Harvard Business School Publishing Corporation 2017) 166.

Transfer of ownership (or settlement)[7] of registered securities beginning in the 17th century until the late 1960s depended on paper. For each trade to settle, someone working for the exchange had to receive a physical certificate (representing a share of stock) from the issuer, reregister the name of the buyer, and reissue a new certificate and deliver it to the buyer. [8] Only when the buyer takes possession of the physical certificate does the trade settle, and she becomes the new owner. This worked well for centuries (e.g. one upside was that ownership was definite and tangible)[9] until the paperwork crises hit Wall street.[10] With spiking trade volumes, paper-based ownership became untenable.[11] As such, US Congress ordered immobilization of registered shares at CSD.[12]

Immobilization meant that issuers deposit share certificates at DTC[13] which in turn, settles and clears transactions electronically between sellers and buyers in book-entry form.[14] An investor does not maintain an account with DTC, albeit another layer of intermediaries comprising of brokers/ banks registered with DTC hold securities in favor of investors through accounts maintained by DTC.[15] Under this paradigm, an investor's name is listed on a broker/ bank's books as beneficial owner of the securities; a bank/ broker's name is recorded on DTC's ownership records; and DTC's nominee name ("**Cede**") is listed as the registered owner with the issuer or (their transfer agent).[16] When a retail investor sells a stock held in nominee name, shares are debited electronically from her broker's account at DTC, and credited from the buying broker's DTC account.[17] Similarly, brokers update their books to reflect the sale/ purchase transaction on the seller/ buyer's accounts, respectively. As for the issuer's shareholder list, it remains unchanged under the name of Cede. In effect, immobilization isolated issuers from the trading and tracking process, leaving DTC and its participants to coordinate communication with beneficial owners.[18]

---

[7] David Donald, 'Heart of Darkness: The Problem at The Core of the US Proxy System and Its Solution' [2011] 6 Virginia Law & Business Review Association 41, 45.

[8] Peter Greco, 'Blockchain Implementation in Today's Security Settlement Process' (2018) 6 <https://thedailycpa.com/wp-content/uploads/2019/05/Blockchain-Implementation-in-Todays-Security-Settlement-Process-2.pdf> accessed 29 November 2019.

[9] Daniels, 'Blockchain & Shareholder Voting' (n 6) 10.

[10] Donald, 'The Rise and Effects of the Indirect Holding System' (n 4) 11.

[11] Unsafe & Unsound Practices of Sec. Indus., Release No. 9434 (Dec. 28, 1971).

[12] 15 U.S.C.A. § 78q-1(e) (West).

[13] DTC is a subsidiary of the Depository and Trust Clearing Corporation ("**DTCC**"). It is registered with the Securities and Exchange Commission ("**SEC**") as a clearing agency, and is subject to SEC regulation. DTC provides clearing, settlement and central securities depository services for trades in eligible securities. See Depository and Trust Clearing Corporation, 'The Depository Trust Company' (*Depository and Trust Clearing Corporation*, 29 November 2019) <www.dtcc.com/about/businesses-and-subsidiaries/dtc> accessed 27 November 2019.

[14] 15 U.S.C.A. § 78q-1(e) (West).

[15] Larry T Garvin, 'The Changed (and Changing) Uniform Commercial Code' (1999) 26 Florida State University Law Review 285, 315.

[16] Ibid.

[17] Notably, banks/ brokers holding securities in nominee name or otherwise on behalf of a beneficial owner are described by SEC Rules as entities that exercise "fiduciary powers". See 17 C.F.R. § 240.14c-1(c).

[18] Virginia B Morris and Stuart Z Glodstein, *The Lifecycle of a Security* (Lightbulb Press, Inc. 2010) 10.

2. Ownership

2.1 How Nominee Shares Are Owned

The move from a direct to an IHS necessitated that the law governing property rights vis-à-vis securities be amended to accommodate the emergence of custodians (see figure 1).[19] The revised Article 8 of Delaware's UCC defines an entitlement holder[20] as a person having a security entitlement to a financial asset[21] (security) against its securities intermediary[22] (DTC, brokers, and banks). Reading Article 8 in light of the above, one can reaffirm that DTC holds securities directly in its capacity as the registered owner, while banks/ brokers who have possession (custody) of securities hold them indirectly as security entitlements. Similarly, beneficial owners[23] holding securities indirectly through their banks/ brokers also have security entitlements in the financial asset. Consideration must be given to the fact that banks/ brokers are entitlement holders when they are registered DTC members holding securities through DTC; or non-DTC members holding securities in a securities account with intermediaries who are DTC members.[24]

Moreover, an entitlement holder as a 'purchaser' of a security has 'rights' and 'property interests' deriving from a security entitlement.[25] Article 8 limits the nature and scope of such property interests to those rights enumerated in section 8-503. Subsection 503(a) provides that an entitlement holder has a superior claim in a security against the intermediary's general creditors[26] – albeit such claim is inferior vis-à-vis secured creditors.[27] In doing so, UCC attempts to protect the entitlement holder, primarily the beneficial owner, from systemic risk and failed transactions.[28] Subsection 503(b) then describes a security entitlement as a pro rata interest in a fungible (interchangeable) pool of a particular security. That interest, however, should not be confused with a claim to a specific asset held by the intermediary.[29]

Consider, a hypothetical situation where Harvard endowment owns 100 shares of IBM stock through JP Morgan Chase which holds 100,000 shares of IBM stock in its DTC account (see figure 1).[30] It follows that, JP Morgan Chase will match Harvard endowment's holding with a particular interest rather than with a

[19] Del. Code Ann. tit. 6 tit. 6, Subt. I, art. 8, Refs & Annos (West).
[20] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-102(a)(7) (West).
[21] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-102(a)(9)(i) (West).
[22] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-501(b)(1) (West)
[23] 17 C.F.R. § 240.13d-3.
[24] Russell A Hakes, 'UCC Article 8: Will the Indirect Holding of Securities Survive the Light of Day' [2002] 35 Loyola of Los Angeles Law Review 661, 685-686.
[25] Ibid 686-687.
[26] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-503(a) (West).
[27] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-511 (West).
[28] Hakes (n 24) 688.
[29] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-104 (West); Del. Code Ann. tit. 6, § 8-503(a) (West)
[30] Marcel Kahan and Edward Rock, 'The Hanging Chads of Corporate Voting' [2008] 96 The Georgetown Law Journal 1227, 1240-1243.

particular share of stock,[31] corresponding to 0.001 interest in each share of IBM stock. While JP Morgan records how its 100,000 shares of IBM stock are allocated among its institutional investors (e.g. Harvard endowment), other custodians in the chain (including DTC) have no way of knowing that the entitlement holder (e.g. Harvard endowment) has an interest in the security.[32] Evidently, commingling securities in a fungible bulk obscures the identity of the ultimate entitlement holder (i.e. beneficial owner) and the quantity owned by her.[33] This lack of transparency is aggravated by the fact that, an investor becomes an entitlement holder once securities are credited to her account,[34] without regard to whether her intermediary has acquired the shares to be credited or whether it owns a single share of that stock.[35] It is worth noting, that defects of this nominee or fungible bulk system come to the fore in the misalignment of property rights and over-voting.[36]

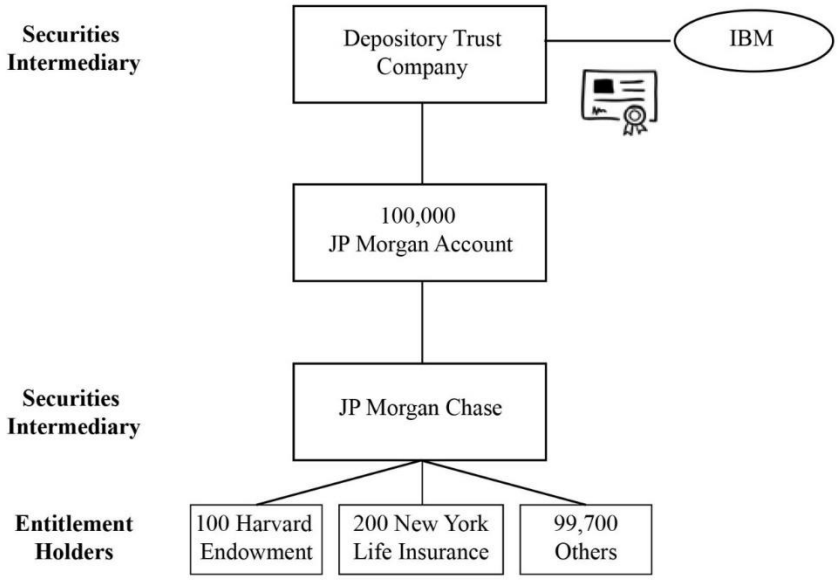


Figure 1: How Nominee Shares are owned

Subsection 8-503(c) limits the enforcement of a property interest to specific rights conferred against a securities intermediary.[37] That is, the rights which an entitlement holder may enforce against the

[31] US Securities and Exchange Commission, 'Roundtable on Proxy Voting Mechanics' (Topic on Share Ownership and Voting, Washington DC, May 2007) <www.sec.gov/spotlight/proxyprocess/proxyvotingbrief.htm> accessed 27 November 2019.
[32] George Geis, 'Traceable Shares and Corporate Law' (2018) 113 Northwestern University Law Review 1, 7-8 (forthcoming).
[33] Spencer J Nord, 'Blockchain Plumbing: A Potential Solution for Shareholder Voting' [2019] 21 University of Pennsylvania Journal of Business Law 706, 714-715.
[34] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-501(c) (West)
[35] Kahan and Rock (n 30) 1242.
[36] Ibid 1242-1243.
[37] Hakes (n 24) 692-696

securities intermediary are only those pertaining to an intermediary's obligations towards the entitlement holder (statutory obligations and performance duties).[38] Namely, an intermediary is obligated to obtain and pass on to the entitlement holder dividends paid out by the corporation; and exercise ownership rights attached to the security on behalf of the entitlement holder (e.g. right to vote or right to enforce legal obligations).[39] Save for enforcement of a property interest against the immediate securities intermediary, enforcement against third parties becomes extremely limited.[40] An entitlement holder does not have any rights against upper tier intermediaries or issuers. It is worth presaging that, governance rights are subverted when confronted with a complex corporate voting system.[41]

2.1.1 Agreement or Due Care Formulation

An intermediary performs its obligation to exercise ownership rights as a representative of the entitlement holder, rather than at its own discretion. Particularly, section 8-506 stipulates that an intermediary shall exercise ownership rights upon the direction of the entitlement holder.[42] Importantly, this feature distinguishes a securities account from other arrangements where one person holds securities on behalf of another (e.g. the relationship between a mutual fund and its shareholders, or a trustee and its beneficiaries). Of course, this feature does not preclude the entitlement holder from conferring the intermediary with discretionary authority.

The performance of the aforesaid obligation is dependent upon the agreement/due care formulation under subsections 8-506(1) and (2). Subsection 8-506(1) provides that an intermediary conforms to the aforesaid obligation if it acts in accordance to an agreement[43] promulgated between it and the entitlement holder, whereby the general statutory and contractual duty of good faith limits performance.[44] For instance, if an agreement stipulates that the intermediary assumes no responsibility for the safekeeping of the entitlement holder's securities positions then that conflicts with the duty of good faith.

However, if no agreement specifies the details of the relevant obligation then subsection 8-506(2) provides that the obligation to preform ownership rights is satisfied if the intermediary exercises due care in accordance to reasonable commercial standards.[45] The duty of care encompasses both care in the intermediary's own operations and care in the selection of other subsequent intermediaries through which the intermediary holds securities. The duty of care also incorporates principles of common law/case law under which the specific actions or precautionary measures necessary to the duty of due care are determined by aspects such as the nature and value of the property, the practices and customs of

---

[38] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-503(c) (West).
[39] Christoph Van der Elst and Anne Lafarre, 'Blockchain and Smart Contracting for the Shareholder Community' (2019) 20 European Business Organization Law Review 117 <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40804-019-00136-0.pdf> accessed 27 November 2019.
[40] Hakes (n 24) 689.
[41] Kahan and Rock (n 30) 1243.
[42] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-506 (West).
[43] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-506(1) (West).
[44] See Del. Code Ann. tit. 6, § 1-201 (West).
[45] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-506(2) (West).

the business, inter alia.[46] Alternatively, subsection 8-506(2) provides that the intermediary satisfies the relevant obligation if it places the entitlement holder in a position to exercise the rights directly.[47]

On the other hand, the obligation to pass over economic benefits is the only obligation upon the intermediary that is not subject to limitations by agreement or due care.[48] Section 8-509(a) explicitly states that compliance with regulatory law (i.e. securities law enacted by SEC) by an intermediary constitutes compliance with the obligation to pass economic benefits (section 8-505), and to perform ownership rights on behalf of entitlement holders (section 8-506) among other statutory obligations under Delaware UCC (e.g. obligation to obtain and maintain securities under section 8-504).[49]

2.2 Misalignments with Delaware Corporate Law

Subsection 1 highlighted how the introduction of immobilization was a welcome development in the 1970s. The financial market saw an increase in safety and efficiency of transactions as the risk of losing or misplacing share certificates was obviated; a reduction in counterparty risk by ensuring that payment and delivery of shares occur relatively simultaneously; and a boost in market liquidity by leveraging economies of scale at DTC.[50] However, as Delaware Vice Chancellor puts it, the 'solution [...] was like Alexander cutting the Gordian Knot. It solved the immediate problem, but it created a lot of loose ends.[51]

One of those loose ends, is the mismatch between property rights presumed under UCC and DGCL. While Delaware tailored its commercial law to nominee shares, its corporate law maintained that shareholders directly own definite number of shares.[52] Hence, the contradiction is twofold. First, recall that under a nominee system a shareholder does not own a *determinate* number of shares, albeit has a pro rate interest in a fungible pool of securities held with an intermediary (broker/ bank).[53] Second, a beneficial owner

---

[46] Ronald J Mann and others, *Comprehensive Commercial Law: 2017 Statutory Supplement* (Wolters Kluwer Law & Business, 2017).
[47] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-506(2) (West).
[48] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-505(b) (West).

[49] For instance, SEC Rule 17f-4 reflects the minimum standard of care that Article 8 demands in circumstances where intermediaries and entitlement holders have not agreed to a standard. Therein a mutual fund's securities intermediary is obligated, at minimum, to exercise due care based on reasonable commercial standards when preforming its obligations to obtain and maintain financial assets. See Del. Code Ann. tit. 6, § 8-504 (West); US Securities and Exchange Commission, 'Final Rule: Custody of Investment Company Assets with a Security Depository' (The SEC is adopting amendments to rule 17f-4 under the Investment Company Act of 1940, Washington DC, February 2003) <https://www.sec.gov/rules/final/ic-25934.htm#I> accessed 28 June 2020.
[50] Federico Panisi and others, 'Blockchain and Public Companies: A Revolution in Share Ownership Transparency, Proxy-Voting and Corporate Governance?' [2019] 2.2 Stanford Journal of Blockchain Law and Policy 1, 8. See also Donald, 'Heart of Darkness' (n 7) 57
[51] J Travis Laster, 'The Block Chain Plunger: Using Technology to Clean Up Proxy Plumbing and Take Back the Vote' (Keynote Speech to the Fall 2016 meeting of the Council of Institutional Investors, 29 September 2016) 6 <www.cii.org/files/09_29_16_laster_remarks.pdf> accessed 27 November 2019.
[52] Ibid.
[53] Morris and Glodstein (n 18) 9.

does not own the security *directly* rather has an entitlement to the rights attached to the ownership of securities (e.g. voting).[54]

Internal faults also appeared within DGCL upon the emergence of the nominee system. Placing Cede as the only registered owner, effectively eliminated the stockholder list that was meant to facilitate communication between issuers and shareholders, and among shareholders themselves. Shareholders became distanced from the corporation (e.g. resulting in shareholder apathy), and information and coordination costs rose among shareholders (e.g. making it difficult to take collective action).[55] Further, the interposition of Cede created a discrepancy between registered ownership (i.e. legal status as shareholder) and beneficial ownership (i.e. ownership of the share itself).[56] To be sure, this incongruity did not formerly exist. In the direct holding system, a shareholder was a record holder entitled to notice and voting, and at the same time a beneficial owner having legal title.

A question begs itself, why have Delaware lawmakers not tailored DGCL to the nominee system as they did with UCC? Lawmakers understand the intricacies of the custodial ownership structure and its flaws, albeit refuse to alter their reliance on registered ownership in the voting context.[57] This is because, lawmakers prioritize certainty attained from a company's reliance on a stockholder list (i.e. the registered owner is clearly specified and known to the company when identifying who is entitled to vote).[58] Further, Delaware courts have long affirmed that custodial arrangements between investors and securities intermediaries are primarily a matter of agency (not corporate law).[59] Issuers are isolated from custodial arrangements – to the extent that errors in the course of voting are borne by beneficial owners (and where appropriate custodians) but never by corporations.[60] Despite the view taken by Delaware lawmakers, loose ends have serious practical consequences that perhaps should not be overlooked.

3 Corporate Voting

The solution to broken communication between issuers and investors was to create a proxy voting system, regulated by SEC Rules and DGCL provisions. However, this 'solution' ironically consolidated

[54] Concept Release on the U.S. Proxy Sys., Release No. 3052 (July 14, 2010).
[55] Panisi and others (n 50) 14. See also Reinier Kraakman and others, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3rd edn, Oxford University Press 2017) 30-31.
[56] Del. Code Ann. tit. 6, § 8-207 (West).
[57] Kahan and Rock (n 30) 1233.
[58] Geis (n 32) 9.
[59] Salt Dome Oil Corp. v. Schenck, 28 Del. Ch. 433, 41 A.2d 583 (1945).
[60] By choosing to hold their securities through intermediaries, beneficial owners assume the risk that intermediaries might "act contrary to [their] interests." See Alabama By-Prod. Corp. v. Cede & Co. on Behalf of Shearson Lehman Bros., 657 A.2d 254, 262 (Del. 1995). For instance, a mutual fund did not order nor approve certain ownership transfers undertaken by its intermediary bank. However, contractual agreements between beneficial owners and intermediaries typically permit the intermediary to re-title securities and in such cases Delaware law treats these transfers as voluntary – making the mutual fund accept such risk. See In re Appraisal of Dell Inc., No. CV 9322-VCL, 2015 WL 4313206, at *10 (Del. Ch. July 13, 2015), as revised (July 30, 2015). Notably, it is up to the private parties to sort out their misunderstandings – Delaware courts will not rectify the situation through equitable adjustments.

discrepancies and proliferated problems.[61] As such, this section examines the steps involved in voting (see figure 2), and their inefficiency.

3.1 How Nominee Shares Are Voted

a. Finding the beneficial owner: As the issuer fixes the shareholder meeting and record dates, it must formally announce them to DTC who would subsequently inform its members thereof. [62] As of the record date, the issuer requests from DTC a securities position listing specifying each DTC member having holdings with the issuer. This allows the issuer (or typically its transfer agent) to verify the number of shares that each member is entitled to vote on its DTC proxy. DTC must respond to the issuer's query as of the record date.[63]

Subsequently, the issuer must send search cards to each DTC member.[64] Search cards allow the issuer to determine if the intermediary holds issuer shares on behalf of beneficial owners, and if so, the number of proxy packages that need to be provided to beneficial owners. Notably, the amount of inquiries and information that must be passed increases with the multiplication of the types of intermediaries along the chain.[65]

Upon receipt of search cards, brokers/ banks must supply requested information on the number of beneficial owners within a tight deadline. SEC Rules require brokers to respond within seven business days of receipt;[66] banks must provide names and addresses of respondent banks[67] within one business day and provide information on beneficial owners within seven business days.[68] Expectedly, intermediaries in longer holding chains face a greater squeeze on time for transmitting and processing information, and thus, are more prone to error.[69]

---

[61] While our focus is on the US holding and voting systems, one must be mindful that problems experienced in domestic chains may further proliferate in cross-border chains. As more than one national law may apply to different parts of the chain. The holding and transfer of securities, and the exercise of investor rights becomes heavily cumbersome and legally uncertain. See Philipp PAECH, *Cross-Border Issues of Securities Law: European Efforts to Support Securities Markets with a Coherent Legal Framework* (Requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, Cm 464.416, 2011) 11. See also Morris and Glodstein (n 18) 33.

[62] Corporations listed on the NYSE are also required to notify NYSE of designated record and meeting dates. See 401.02 Notice to the Exchange, NYSE Listed Co. Manual s 401.02.

[63] 17 C.F.R 140.17Ad-8(b).

[64] 17 C.F.R. § 240.14a-13(a)(3)(i).

[65] Donald, 'The Rise and Effects of the Indirect Holding System' (n 4) 36.

[66] 17 C.F.R. § 240.14b-1(b)(1).

[67] SEC Rules describe respondent banks as exercising fiduciary power when holding securities on behalf of beneficial owners and depositing such securities for safekeeping with other banks, associations, or entities likewise exercising fiduciary powers. See 17 C.F.R § 240.14c-1.

[68] 17 C.F.R. § 240.14b-2(b)(1).

[69] This can be seen, for example, in cross-border chains where there are domestic and foreign intermediaries passing information to shareholders across US borders. See OECD (2011), The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance, Corporate Governance, OECD Publishing; International Corporate Governance Network, 'Cross-Border Voting' (*International Corporate Governance Network*, July 2014) <www.icgn.org/policy/viewpoints/cross-border-voting> accessed 27 November 2019

b. Distributing proxy materials: After having collected search cards, the issuer sends the securities intermediary (or its proxy service provider) copies of the proxy package (proxy cards, annual report, and proxy statement including a Notice of Internet Availability of Proxy Materials) which it must forward to beneficial owners within five business days from receipt date.[70] Typically, the distribution function is delegated to and carried by Broadridge – a proxy service provider.

c. Voting: As the record holder Cede retains the formal right to vote, how are votes actually cast by beneficial owners? DTC executes a single (or omnibus) proxy granting each custodian member the right to cast Cede's vote in proportion to their total allocation.[71]

For instance, if JP Morgan Chase reports that its clients hold a 25% stake then DTC will issue a proxy permitting the bank to vote a quarter of issuer shares.[72] JP Morgan Chase will then execute another omnibus proxy in favor of respondent banks (further fragmenting proxy rights according to their holding stake); these respondent banks will then execute an omnibus proxy in favor of their respondents;[73] and the process recurs until the last security intermediary.[74] This allows issuers to efficiently follow the chain of intermediaries beginning with large international banks belonging to DTC all the way to regional banks with which beneficial owners have a direct account.[75]

The last security intermediary proceeds by disseminating proxies or (typically) soliciting voting instructions from beneficial owners.[76] Beneficial owners will indicate their voting instructions on a voting instruction forms ("**VIF**") and remit it to the securities intermediary (or its proxy service provider) via mail, telephone, or the internet.[77] The securities intermediary then aggregates instructions and casts votes with the issuer – in accordance to beneficial owners' wishes.[78]

d. Vote tabulation: DGCL requires issuers to appoint tabulators to collect and count proxy votes, and votes conveyed by shareholders attending the meeting.[79] Tabulators will verify the number of votes submitted by securities intermediaries by comparing them against DTC's securities position listing. However, their task is purely formalistic and ministerial (e.g. ascertaining if proxies meet formal criteria).[80]

If a disputed issue arises, the tabulator simply reports it to the corporation and then the voting outcome may be challenged before a court (if any). Even materials which the tabular is permitted to rely on for

---

[70] 17 C.F.R. § 240.14b-1(b)(2) (for brokers) and § 240.14b–2(b)(3) (for banks).
[71] It is common practice to execute a single proxy instead of separate proxies for each DTC member. However, it is neither automatic nor mandatory. See Kurz v. Holbrook, 989 A.2d 140 (Del. Ch.), judgment entered, (Del. Ch. 2010), and aff'd in part, rev'd in part sub nom. Crown EMAK Partners, LLC v. Kurz, 992 A.2d 377 (Del. 2010)
[72] Geis (n 32) 10.
[73] 17 C.F.R. § 240.14b-2(b)(2)(i).
[74] Kahan and Rock (n 30) 1247.
[75] Donald, 'The Rise and Effects of the Indirect Holding System' (n 4) 27.
[76] 17 C.F.R. § 240.14b-2(3)(i) and (ii).
[77] Concept Release on the U.S. Proxy Sys (n 54) ch II, pt b, 19-20.
[78] 17 C.F.R. § 240.14a-4(e).
[79] Del. Code Ann. tit. 8, § 231(a) (West).
[80] Emerald Partners v. Berlin, 726 A.2d 1215 (Del. 1999).

verifying votes are restricted – save for cases of over-voting.[81] In such cases, when a security intermediary submits more votes than it is entitled to cast by the registered owner, then the tabulator may count votes on a first-in basis or may exclude votes as necessary.[82] By granting tabulators some leeway in resolving over-votes corporate law recognizes that custodial ownership increases the likelihood of errors.

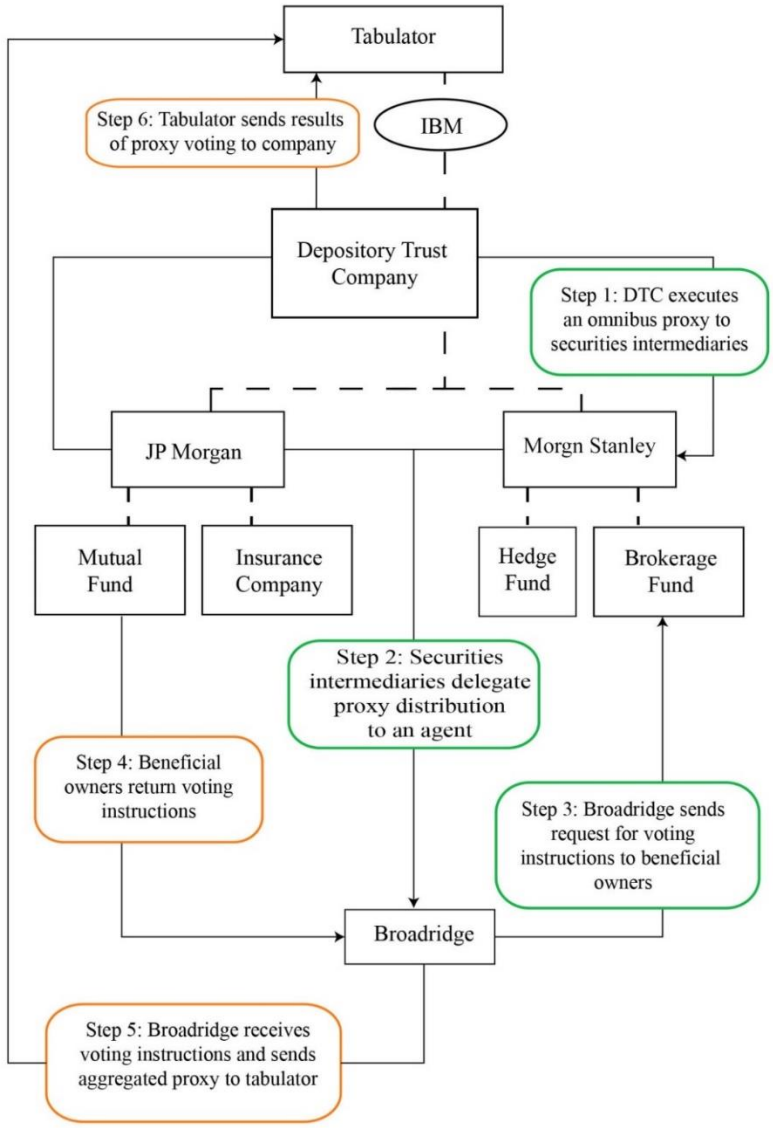


Figure 2: How Nominee Shares are voted

[81] Del. Code Ann. tit. 8, § 231(d) (West).
[82] Concept Release on the U.S. Proxy Sys (n 54) ch III, pt A, 26.

3.2 Inefficiencies of Proxy Voting

After proxy rules were tailored to fit the nominee system, the communication process turned into a complex game of 'pin the proxy on the beneficiary'.[83] In this game, all participants play blindfolded and can only observe their next proximate player (e.g. a last-tier respondent bank will not know if information by a DTC participant was altered when passed along other respondent banks).[84] Ironically, the high degree of anonymity that has come to characterize the voting system is akin to that of a system of bearer shares (where an issuer has no record of its shareholders). Of course, this is inconsistent with DGCL which is premised on registered ownership (i.e. a corporation can look to its stockholder list to find those is entitled to vote and communicate with them).[85] Anonymity leads to operational risk, particularly failure to exercise shareholder rights, undermines the efficacy and efficiency of corporate governance. [86]

Another contradiction featured in this game is that a beneficial owner's right to vote under SEC Rules is at odds with DGCL which only entitles registered owners to notice of shareholder meeting and voting.[87] A final limitation to this game is that time set between the record date and the shareholders meeting (ten-sixty days) [88] may not suffice for completing all voting steps whilst still allowing beneficial owners to make informed decisions in due time.

The SEC is aware that complexity stems, in part, from the fact that issuers do not know who their shareholders are.[89] Thus, in attempt to create direct communication[90] SEC Rules grant issuers the right to request from brokers/ banks a list disclosing the identity of beneficial owners who do not object to their identities being disclosed ("**NOBO**").[91] At the outset, this measure seems to remove many communication problems. However, the catch is that NOBO lists may be used by issuers only for distributing the annual report or for voluntary communications with beneficial owners. Proxy materials must still be distributed indirectly through extensive layers of intermediaries.[92] Notwithstanding, 60% of traded shares are held by objecting beneficial owners (opposite to NOBO) which means that issuers cannot communicate 'directly' with a large portion of shareholders.[93]

A careful thought about the structures of ownership and voting leads us to reason that communication will remain distorted by the interposition of intermediaries, so long that DGCL relies on registered shares in the voting context and/or shares are registered in Cede's name. For instance, if SEC Rules permit distribution of proxy cards immediately to beneficial owners (without having to pass intermediaries), these beneficial owners (by definition) are not entitled to vote under corporate law (as opposed to

---

[83] Donald, 'Heart of Darkness' (n 7) 67.
[84] Ibid.

[86] Oxford Economic Research Associates, 'Corporate Action Processing: What are the Risks?' (Sponsored by Depository and Trust Clearing Corporation, Oxford Economic Research Associates May 2004) ch 3.0, 12 <www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Corporate-action-processing.pdf>.
[87] Donald, 'Heart of Darkness' (n 7) 67.
[88] Del. Code Ann. tit. 8, § 213 (West).
[89] Kahan and Rock (n 30) 1244.
[90] Facilitating S'holder Commc'ns Provisions, Release No. 13408 (July 28, 1983).
[91] 17 C.F.R. § 240.14b-1(b)(3)(i) in connection with § 240.14a-13(b)-(c).
[92] Donald, 'The Rise and Effects of the Indirect Holding System' (n 4) 26.
[93] Concept Release on the U.S. Proxy Sys (n 54) ch IV, pt A, 67.

registered owners). Effectively, beneficial owners will always depend on intermediaries for granting them voting rights, and thereafter for executing the vote on their behalf.

4. Pathologies of Shareholder Voting

As anticipated, complexities of the ownership structure together with intricacies of the voting process yields an infrastructure that is far more troubling than anticipated by Delaware corporate law. The following section discusses some voting pathologies that foul the accuracy, transparency, and cost-efficiency of shareholder voting.

4.1 Pathologies of Complexity

This pathology refers to the complexity of the nominee system, coupled with the circuitous system of distributing materials, soliciting proxies, and collecting votes.[94] In the midst of this commotion, beneficial owners cannot confirm that their shares have been *accurately* voted – according to their instructions.[95] This is a nightmare, especially for institutional investors who need to confirm their votes on matters that are meaningful and consequential such as in appraisal claims.

However, inability to confirm the accuracy of votes stems from a bigger problem: inability to confirm *how* shares have been voted. This is caused partly, due to the fact that no participant (e.g. transfer agents, security intermediaries, proxy service providers, etc.) possesses all information needed to verify how a beneficial owner's particular shares have been voted.[96] Some participants contend that transfer agents, proxy service providers, and vote tabulators possess such information but are unwilling to share it. If true, there is no piece of legislation that currently compels them to share information that would allow vote confirmation. [97]

Consider this pathology in light of appraisal claims. Appraisal law permits investors to sue for the fair market value of their shares, if they abstain or vote against a merger or related fundamental transaction.[98] If beneficial owners continuously hold shares from the announcement date until the shareholder vote, then perfecting an appraisal claim will be relatively straightforward: beneficial owners can rely on VIFs to prove that their *particular* shares were voted appropriately. However, when investors buy a block of stock after the record date it becomes impossible to demonstrate this.[99] Why? Assuming no participant possesses relevant information, it is impossible to trace how beneficial owners' particular shares were voted by the record owner in a world of fungible bulk.

This idea is illustrated by a case where Transkaryotic Therapies ("**Transkaryotic**") entered into a merger transaction with Shire Pharmaceuticals for $37/share.[100] A group of twelve investors holding nearly eleven million shares disliked the price, and filed for an appraisal remedy. Eight million of their total

[94] Kahan and Rock (n 30) 1249.
[95] J Travis Laster (n 51) 8.
[96] Concept Release on the U.S. Proxy Sys (n 54) ch III, pt B, 39.
[97] Ibid.
[98] Del. Code Ann. tit. 8, § 262(a) (West).
[99] Geis (n 32) 18.
[100] In re Appraisal of Transkaryotic Therapies, Inc., No. CIV.A. 1554-CC, 2007 WL 1378345 (Del. Ch. May 2, 2007).

shares were bought after the record date, but before shareholders meeting where votes are tallied (i.e. the deadline for filling an appraisal claim).[101]

The passage of the record date meant that these investors were not entitled to vote the eight million shares – but could they nonetheless be eligible to compensation on the said shares? DGCL stipulates that only the record owner may claim and perfect appraisal rights.[102] As such, only Cede's actions could determine standing of the twelve investors to appraisal rights.[103]

Against this backdrop, the court considered how Cede voted its position: 12.9 million shares voted yes against 16.9 million shares voted no and abstained.[104] The next step was to determine whether the plaintiffs' shares fell within the former or latter group – if they are attributable to the latter group then plaintiffs are eligible for an appraisal remedy.

Answering this question requires matching ownership with votes cast on a share-by-share basis, or as at least making such match on the record date without further ownership changes for the pertinent shares. Of course, the reality of equity markets dictates that this is not plausible – unless there is some forensic evidence that proves how shares were voted. In this case (as in other typical cases) the court did not have evidence.[105]

Surprisingly, the court concluded that beneficial owners who purchase shares after the record date but before the merger vote, need not prove that previous beneficial owners had abstained/ dissented. As long as the record owner held enough shares (not voted in favor of the merger) to cover the beneficial owners' shares, the record owner could assert appraisal rights on the beneficial owners' eight million shares.[106]

The court's approach is problematic. It permits an indeterminate inquiry into the genealogy of shares, without affirming that shares bought post record date are in actuality those which did not vote in favor of a merger. Of course, this casts doubt about the accuracy and integrity of votes cast.[107] Particularly in meetings where there is a matter in controversy, the lack of transparency may impair confidence in the proxy system. This ruling also undesirably gives room for appraisal arbitrage,[108] a situation where latecomers take advantage of fault lines between statutory theory and reality to routinely object to mergers by insisting that their shares qualify as part of Cede's dissenting/ abstaining votes.[109]

4.2 Pathologies of Ownership

The second pathology is the imbalance caused by misalignment of property rights under DGCL (i.e. beneficial owners directly own specific shares) and those under UCC (i.e. beneficial owners own a pro

[101] Ibid [1] (Chandler, J).
[102] Del. Code Ann. tit. 8, § 262(a) and § 262(h) (West).
[103] Transkaryotic Therapies [3] (Chandler, J)
[104] Ibid [1] (Chandler, J).
[105] Geis (n 32) 21.
[106] Transkaryotic Therapies [2], [5] (Chandler, J)
[107] J Travis Laster (n 51) 14.
[108] Transkaryotic Therapies [5] (Chandler, J).
[109] Geis (n 32) 21.

rata interest in a fungible bulk).[110] The effect of this imbalance becomes particularly noticeable as the financial market adopts innovative practices such as margin lending and short selling.

Margin lending describes an arrangement, where individual investors borrow money from their brokers to finance share purchases in exchange for pledging a portion of their existing stock portfolio.[111] A standard margin agreement between brokers and customers, grants brokers the right to lend out collateralized securities in order to fund the loan.[112] Consequently, brokers enter into stock loan agreements with institutional investors (e.g. hedge funds) or other brokers to lend the said shares against a financing fee.

Borrowers typically borrow these shares to carry out a short sale, given that naked short selling is illegal.[113] Further, a standard stock loan agreement transfers legal title from the lending customer or investor to the borrower. In turn, the borrower promises to sell back equivalent but different shares in the future, inter alia.[114] If shares are lent out before the record date, the lending investor is not a shareholder as of the record date – even if shares are returned prior to the shareholders meeting. Effectively, the lender loses the right to vote (although retains economic rights attached to the loaned securities), whereas the borrower obtains such right.[115] Of course, this de facto transfer of beneficial interest and voting right is replicated when the borrower engages in a short sale.[116]

Brokers will not match a particular number of shares as having been borrowed from a given account (since shares are held in fungible bulk).[117] That is brokers, will not know which investors have lost their right to vote, and will in turn, solicit and receive instructions for more shares than their entitled to vote.[118] Take a hypothetical situation where, Morgan Stanley has 1 million shares of Amazon in its DTC account, while Fidelity Investments has 500,000 shares.[119] A hedge fund customer borrows 100,000 shares from Morgan Stanley and short sells them to a customer of Fidelity. DTC records will be updated such that Fidelity has 600,000 shares in its DTC account and Morgan Stanley has 900,000 shares. To enable voting of these shares, DTC will execute an omnibus proxy transferring the right to vote 900,000 shares to Morgan Stanley. Then, Morgan Stanley will give its proxy service provider (Broadridge) a list of its customers' holdings for 1 million shares – given that it has not adjusted its books to reflect the securities loan. If Broadridge follows that customer list to distribute VIFs, the outcome will be over-voting.[120]

---

[110] Kahan and Rock (n 30) 1255.
[111] Nord (n 33) 718.
[112] Ibid.
[113] 17 C.F.R. § 242.203.
[114] Kahan and Rock (n 30) 1255.
[115] Henry TC Hu and Bernard Black, 'Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership: Taxonomy, Implications, and Reforms' [2006] 61 The Business Lawyer 1011, 1015.
[116] Kahan and Rock (n 30) 1257.
[117] Assigning particular shares of a security to a particular investor is also impossible due to the practice of netting. See Concept Release on the U.S. Proxy Sys (n 54) ch III, pt A, 28-29.
[118] Ibid.
[119] Kahan and Rock (n 30) 1258-1259.
[120] Ibid.

If Broadridge and Morgan Stanley submit a higher number of votes than entitled, that may result in the tabulator invalidating all votes pertaining to Amazon's stock. As such, Morgan Stanley may attempt to reconcile votes in different, yet rudimentary, ways: (i) assign the total number of shares they are eligible to vote on a pro rata basis to their customers before or after VIFs are sent; or (ii) simply downsize the total number of votes cast.[121] The latter reconciliation method is particularly problematic because brokers must almost arbitrarily decide whose vote counts.[122] Overall, uncertainty as to who owns a specific share casts doubt about the accuracy and integrity of shareholder voting – especially in view of ineffective reconciliation methods and the lack of industry consensus thereof.[123]

4.3 Pathologies of Misalignment

Delaware corporate governance presumes that shareholders as owners of economic return on shares, are best suited to collectively govern a corporation because they bear the entrepreneurial risk inherent thereto.[124] It follows that, shareholder democracy is preserved by distributing votes based on number of shares owned (not by number of owners).[125] However, the assumption that one share equates to one vote is increasingly challenged in today's equity markets by the practice of empty voting (i.e. the third pathology).

Empty voting refers to the holding of more votes than shares, hence, votes are 'emptied' from their economic interest.[126] This practice emerges from the mismatch between theoretical statuary construct (assuming votes are coupled with beneficial ownership including economic interest) and the actuality of trade markets (where it is procedurally impossible to ascertain beneficial ownership to a specific share due to fungibility).[127] Notably, event-driven hedge funds and activist investors have exploited this mismatch to advance their interests, often at the expense of shareholder democracy theory.[128]

A classic example of empty voting is the sale of shares after the record date but prior to the shareholders meeting date. The upshot, is that sellers maintain voting rights at the meeting whilst economic ownership is held by buyers. To the extent that this is done intentionally, shareholders may well vote them in a manner that reduces the value of the company.[129] Even if empty voting is done unintentionally, the election outcome may be systematically inferior due to shareholder apathy.[130] As shareholders have already sold their position in the corporation, they have no or little reason to care about election results.

Empty voting in the aforementioned manner (whether intentionally or not) will most likely weaken shareholder democracy (i.e. dilute shareholders' voting rights and control over corporate decisions). This weakening effect magnifies as more and more shares are traded in the interval between the record and

---

[121] Concept Release on the U.S. Proxy Sys (n 54) ch III, pt b, 31-32.
[122] Kahan and Rock (n 30) 1260.
[123] Hu and Black (n 115) 1064.
[124] Panisi and others (n 50) 3.
[125] Hu and Black (n 115) 1013-1014.
[126] Ibid.
[127] Panisi and others (n 50) 28.
[128] Hu and Black (n 115) 1011.
[129] Panisi and others (n 50) 17.
[130] Kahan and Rock (n 30) 1267.

meeting dates.[131] In turn, judiciary bodies have attempted to do some damage control by granting succeeding beneficial owners the right to require predecessor beneficial owners to execute a proxy transferring the right to vote back to them.[132] However, where physical shares no longer change hands it is impossible to match individual sellers with buyers.

The repercussions of empty voting are most consequential to shareholders where controversy exists about the outcome of a shareholders meeting.[133] Consider a real life situation where, an event-driven hedge fund used hedging and other modern financial innovations to object to an acquirer's plan to buy a target. This is a paradigma on how empty voting can empower one group of shareholders (event-driven hedge funds) against another disempowered group (acquirer's shareholders).[134]

Subject to shareholders' approval, Mylan Laboratories Inc. ("**Mylan**") wished to acquire King Pharmaceuticals Inc. ("**King**") in exchange for Mylan shares.[135] Hedge fund Perry Corp. ("**Perry**") had a significant ownership stake in King, and stood to benefit from a 61% premium offered by Mylan. Conversely, Mylan shareholders publicly opposed the merger for being too costly – resulting in a fall of Mylan share price. [136]

To secure its profits, Perry needed to influence Mylan's shareholder decision. It bought 9.9% of Mylan shares, becoming the largest shareholder, but fully hedged the market risk associated with the Mylan shares through equity swaps.[137] The result: Perry had 9.9% voting ownership of Mylan but zero economic ownership.[138] That guaranteed Perry the completion of the merger through a majority vote, with indifference to whether the transaction was value creating or diminishing for Mylan shareholders. Put differently, if Mylan was overpaying for King then Perry would have no exposure to the declining economic returns.[139]

4.4 Financial Costs

The fourth pathology demonstrates how stockholding and voting systems are expensive. It is estimated that, $100 billion is paid annually for post-trade services[140] and $200 billion for communication services.[141] Inevitably, these costs are passed on from issuers to investors.[142]

---

[131] Geis (n 32) 24.
[132] Latham & Watkins, 'M&A: Deal Commentary' (Latham & Watkins April 2007) pt Record Date vs. Meeting Date <www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1878_1.Commentary.Empty.Voting.pdf> accessed 29 November 2019.
[133] Ibid.
[134] Kahan and Rock (n 30) 1267.
[135] Robert Steyer, 'Mylan and Icahn Turn Up the Volume' (*TheStreet*, 22 December 2004) <www.thestreet.com/story/10200481/1/mylan-and-icahn-turn-up-the-volume.html> accessed 29 November 2019.
[136] Robert Steyer, 'New Player Joins Mylan-King Fray' (*TheStreet*, 29 November 2004) <www.thestreet.com/story/10196467/1/new-player-joins-mylan-king-fray.html> accessed 29 November 2019.
[137] Ibid.
[138] Hu and Black (n 115) 1013-1014.
[139] Nord (n 33) 722.
[140] Oliver Wyman, 'Blockchain in Capital Markets: The Prize and the Journey' (Joint Report with Euroclear, February 2016) 20.

While issuers have complained to SEC about unreasonableness of these fee, they seem to forget that single firms have come to enjoy dominance in clearance, settlement, and proxy processes. For instance, Broadridge controls over 98% of the US market for proxy processing services.[143] While SEC has been cautious in making regulatory changes, surely where natural monopolies exist they should be regulated as utilities in order to protect interests of issuers and investors at stake.[144]

Expectedly, intermediaries have no interest in moving to a system of direct communication and/ or voting because that threatens their raison d'être. Brokers/ banks have interests in preserving income derived from forwarding proxy materials, and preserving stock loan revenues which would be at risk if clients had greater transparency about loan practices.[145] The threat is strongest for Broadridge, whose core business is selling information and communication services to issuers.[146]

III. A Potential Solution: Blockchain

The preceding section highlighted how the US proxy voting system is rife with inefficiency, inaccuracy, and opaqueness – as illustrated by the voting pathologies. Primarily, voting pathologies arose due to Congress's decision to transition into the IHS pursuant to which most shares are held in Cede's name as a fungible bulk that is not traceable to any beneficial owner.

If the pathologies associated with voting are largely a function of the IHS, then the threshold question is whether an alternative to this plumbing system exists. In theory, the answer is yes. A new clearing and settlement system on blockchain may facilitate the voting process and potentially mitigate/ eliminate pathologies. However, adoption remains farfetched unless federal and/ or state law is amended to prescribe for blockchain's novel processes.

1. Blockchain Trends

The financial market has been buzzing with talk about blockchain's potential to automate or even replace functions traditionally played by intermediaries (e.g. CSDs, brokers/ banks, etc.) in clearing and settlement processes ("**CSPs**"). Incumbents are rushing to partner with FinTech startups to streamline some functions of CSPs, whilst more radical alternatives to existing arrangements are emerging by other startups.[147] For instance, DTCC partnered with IBM to settle credit derivatives on blockchain.[148] In

---

[141] Kevin Kearney, 'Proxy.gov: A Proposal to Modernize Shareholder Lists and Simplify Shareholder Communications' (2015) 37 Hastings Communications and Entertainment Law Journal 391, 397.

[142] J Travis Laster (n 51) 15.

[143] Broadridge, 'Portfolio Securities Voting' (*Broadridge Financial Solutions*) <www.broadridge.com/financial-services/asset-management/institutional-investors/enhance-and-simplify-portfolio-management/portfolio-securities-voting> accessed 29 November 2019.

[144] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 9.

[145] Council of Institutional Investors, *The OBO/NOBO Distinction in Beneficial Ownership: Implications for Shareowner Communications and* Voting (Cm S7-14-10, February 2010) 1.

[146] Ibid.

[147] Michael Mainelli and Alistair Milne, 'The Impact and Potential of Blockchain on the Securities Transaction Lifecycle' (2016) SWIFT Institute 48 <www.swiftinstitute.org/wp-content/uploads/2016/05/The-Impact-and-Potential-of-Blockchain-on-the-Securities-Transaction-Lifecycle_Mainelli-and-Milne-FINAL-1.pdf> accessed 29 November 2019.

another instance, a startup called SETL designed a public blockchain for brokers to settle crypto-currency payments in real-time.[149]

While these initiatives do not impact clearing and settlement of securities of publicly listed companies, evangelists are hopeful it will.[150] They contend that migrating existing CSPs onto blockchain (e.g. if DTC adopts the technology for public equity) will merely generate cost-savings and increase operational efficiency (e.g. by reducing settlement time) but will fail to solve voting pathologies.[151] As such, they rally for a radical overhaul of US CSPs.

2. What is Blockchain

At the most basic level, blockchain is a type of distributed ledger that stores ownership information pertaining to all participants in the system.[152] The information may be accessible by all participants running the same protocol (i.e. rules governing the exchange of instructions between users).[153] There are two features underpinning the concept of blockchain: distributed ledgers and cryptography.

2.1 Distributed Ledgers

Today DTC is the central authority that verifies holdings and settles transactions, using double-entry bookkeeping, on behalf of its participating banks/ brokers.[154] Likewise, banks/ brokers are trusted by investors to privately maintain ownership records and to transfer assets on their behalf. Each intermediary, though interacting with another, will reflect the relevant transaction on its own single copy of the ledger.[155] As such, traditional bookkeeping ledgers are stored and maintained privately by each relevant intermediary.

---

[148] Michael del Castillo, '$11 Trillion Bet: DTCC to Process Derivatives With Blockchain Tech' (*COINDESK*, 21 December 2017 <https://www.coindesk.com/11-trillion-bet-dtcc-clear-derivatives-blockchain-tech> accessed 29 November 2019.

[149] Jemima Kelly, 'Computershare teams up with start-up SETL on blockchain project' (*Reuters*, 28 April 2016) <www.reuters.com/article/us-securities-blockchain-computershare/computershare-teams-up-with-start-up-setl-on-blockchain-project-idUSKCN0XP1NL> accessed 29 November 2019.

[150] Matthew Toole and others, 'The First Block in the Chain: Proposed Amendments to the DGCL Pave the Way for Distributed Ledgers and Beyond' (Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 2017) <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/the-first-block-in-the-chain-proposed-amendments-to-the-dgcl-pave-the-way-for-distributed-ledgers-and-beyond/> accessed 29 November 2019.

[151] US Securities and Exchange Commission, 'Roundtable on the Proxy Process' (Chairman Jay Clayton cautions the participants about potential changes to the existing securities trading and clearing system, Washington DC, November 2018) <www.sec.gov/spotlight/proxyprocess/proxyvotingbrief.htm> accessed 27 November 2019.

[152] David Mills and others, 'Distributed Ledger Technology in Payments, Clearing, and Settlement' (2016) Board of Governors of the Federal Reserve System Working Paper 2881204, 12 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2881204.pdf> accessed 29 November 2019.

[153] Wonnie Song, 'Bullish on Blockchain: Examining Delaware's Approach to Distributed Ledger Technology in Corporate Governance Law and Beyond' (2017) 8 Harvard Business Law Review 9, 10.

[154] Toole and others (n 150) para 3.

[155] Mills and others (n 152) 6-7.

Alternatively, blockchain's ledger is shared or 'distributed' across computer systems (or nodes) of all participants.[156] Settlement involves broadcasting proposed transactions to nodes that maintain an identical copy of the ledger (containing historical and pending transactions). If all nodes agree to the updated version of the ledger, via a consensus protocol, then the transaction is permanently recorded.[157]

2.2 Cryptography

Blockchain uses cryptography for multiple reasons, including data encryption and identity verification.[158] For example, an asset transfer requires a public encryption key for recording ownership, and a private encryption key for confirming that the owner of the asset has truly initiated the transfer.[159] A public key is analogous to an email address for other participants to interact with, while a private key is akin to login credentials that permit senders to effect transactions from their addresses.[160]

An asset transfer made by a given sending address must be signed with the appropriate private key – otherwise the transaction will not queue for processing.[161] Once queued, other participants in the network may act as validators by decrypting the ledger entry with a mathematical algorithm and the asset owner's publicly available public key.[162] This process is termed 'consensus'.

Once validated, the transaction is time-stamped and grouped with other validated transactions in a chronological order to create a new block of transactional data. The new block is added to preexisting blocks in the ledger, thereby, formulating a 'blockchain'. Finally, the updated ledger is distributed among participants and a new cycle begins anew.[163]

To remain technically correct, the description given herein pertains to a public permissionless blockchain such as the one adopted by bitcoin.[164] In a nutshell, a public permissionless blockchain is a ledger that is viewable and modifiable by any user if they fulfill the consensus protocol. Alternative forms exist, such as a private permissioned blockchain whereby the ledger is viewable and modifiable only by preauthorized participants.[165] The particularities of private permissioned blockchain are examined in the next subsection.

---

[156] Geis (n 32) 29-30
[157] Toole and others (n 150) para 3.
[158] Mills and others (n 152) 13.
[159] Ibid 12.
[160] Nord (n 33) 722.
[161] Park Bramhall, 'Blockchain Isn't Always the Solution (or Why Tokenizing Equity Securities is not the Answer to the Proxy Voting Problem)' (2019) Working Paper 3393774, 7 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id3393774.pdf> accessed 29 November 2019.
[162] Mills and others (n 152) 12-13.
[163] Reade Ryan and Mayme Donohue, 'Securities on Blockchain' (2017) 73 Business Lawyer 85, 89.
[164] Geis (n 32) 29.
[165] Alexandros L Seretakis, 'Blockchain Securities Markets and Central Banking' (2017) Trinity College Dublin Working Paper 3007402, pt 1, para 4-5 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id3007402.pdf> accessed 29 November 2019.

3. Overhaul of Existing CSPs

3.1 Envisioning CSPs on Blockchain

In the context of CSPs, one can imagine a consortium of intermediaries creating a private permissioned blockchain for the corporation and its shareholders (see figure 3).[166] Because it is permissioned, the organization representing consortium members (e.g. brokers/ banks) acts as a gatekeeper.[167] It is the only participant authorized to grant access to the system, and to enter and update its contents.[168] The right to publish changes to the distributed ledger may not require solving a mathematical algorithm as in a public permissionless blockchain.[169] Instead, the gatekeeper is preauthorized to simply add the new block whenever sufficient transactions are queued to justify the next link in the chain. Further, the gatekeeper is the only participant empowered to operate the platform, and make decisions regarding rules and technology upgrades.

A private blockchain entitles certain participants to operate a node on the blockchain and view the ledger's contents.[170] Thus, in our proposed model there are multiple copies of the ledger that can be viewed only by the issuer and its transfer agent; shareholders and their proxy advisors; and regulators.[171] However, neither the corporation nor other shareholders are able to view the identities, holdings, and voting positions of other individual shareholders.[172] For obvious reasons, maintaining a public blockchain where sensitive data is transparent to all participants is undesirable.[173] Moreover, the private permissioned blockchain accommodates CSPs by transferring securities that are digitally represented on blockchain[174] while transferring funds off the chain.[175]

More precisely, how would the private permissioned blockchain achieve CSPs? A share of stock continues to trade electronically through brokers/ banks and exchanges, but the details of each trade are processed and executed on blockchain. An investor wanting to buy/ sell shares would contact a permissioned broker/ bank (acting as gatekeeper) to execute the trade.[176] The gatekeeper will grant the investor access to the system, and hence, the ability to own tokens if she satisfies disclosure obligations and Know-Your-

---

[166] The private permissioned model suggested herein is primarily inspired by the proposal of the Council of Institutional Investors. Notwithstanding, other blockchain forms have been proposed to improve CSPs and voting processes. See CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 1; CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 4.
[167] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 5; Geis (n 32) 37.
[168] Seretakis (n 165) pt 1, para 4-5.
[169] Geis (n 32) 37-38.
[170] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 5.
[171] The distributed ledger would be fully transparent to SEC. It would be allowed to view information for oversight and enforcement purposes, and as appropriate collect information about certain transactions that trigger regulatory action. See CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 7.
[172] This is possible by encrypting privacy relevant information on the ledger. See Mills and others (n 152) 13.
[173] David Yermack, 'Corporate Governance and Blockchains' (2017) Oxford University Press Review of Finance 7, 17.
[174] As opposed to having securities natively issued on blockchain, tokens are coded data representing a security on the ledger. See Mills and others (n 152) 25.
[175] Several arrangements are possible to ensure that investors' funds are available to stand behind trades in a manner that is consistent with existing arrangements between brokers/ banks and clients. See Geis (n 32) 37.
[176] Ibid 36-37.

Customer/Anti-Money Laundering checks done off the chain.[177] Once satisfied, the gatekeeper records proof of authentication on blockchain and issues a private/ public key for the shareholder. Recall, that a gatekeeper need not solve an algorithmic puzzle to authenticate the ledger entry as in a public permissionless blockchain.

Next the broker locates a counterparty and agrees with it on the terms of the trade, as in existing arrangements. This is followed by clearing, which significantly differs from existing arrangements in that no central counterparty ("**CCP**") interposes itself as buyer to every selling broker and seller to every buying broker to guarantee a trade is eventually settled even if one of the parties default or windup.[178] This obviates the need for National Securities Clearing Corporation ("**NSCC**") that novates securities transactions. Without NSCC's guarantee, settlement and counterparty risks may increase.[179] Arguably, risk is mitigated because a smart contract settles a trade only if both parties have met their obligations.[180] By way of background, a smart contract is an inputted data instruction (transfer of securities) that is predefined at inception of a relationship, and executed upon the realization of an event (seller has ownership of tokens, and buyer has access to sufficient funds).[181] As such, a smart contract ensures that only quality validated data enters the ledger – simplifying processing and minimizing error corrections compared to existing CSPs.[182]

Further, blockchain records each individual transaction on the ledger in real time. This forgoes an imperative advantage created by fungible bulk – not having to record adjustments for *every* trade. By way of explanation, consider a trader that makes 10 buys and 9 sells of Amazon stock in one day.[183] Under existing CSPs, a broker need not worry about clearing *all* of these positions – it can simply offset its client's buy and sell orders at the end of the day (i.e. net) such that it only records one share of Amazon stock for that trader. Similarly, NSCC consolidates securities positions of brokers to reduce the number of securities that must be delivered and the amounts paid from and to brokers' DTC account.[184] Alternatively, blockchain eschews the function of netting traditionally performed by brokers[185] and NSCC since individual sale/ buy transactions are recorded on the ledger in real time. However, this entails long histories of ownership for actively traded corporations demanding greater processing activity and computing power.[186]

The trading cycle ends with settling trades that took place on stock exchanges. A smart contract executes changes in custody of a security, by modifying the ledger, once it has verified that both parties have met

[177] Bramhall (n 161) 7.
[178] Morris and Glodstein (n 18) 8.
[179] Ibid.
[180] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 5.
[181] Mills and others (n 152) 14.
[182] Depository Trust and Clearing Cooperation, *Embracing Disruption: Tapping the Potential of Distributed Ledgers to Improve the Post-Trade Landscape* (Cm 2016) 14.
[183] Geis (n 32) 37-38.
[184] Hakes (n 24) 730-731.
[185] Blockchain may disrupt back-office operations of banks/ brokers pertaining to post-trade recordkeeping and execution, but not supplant their business model. See CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 6.
[186] Geis (n 32) 39.

their obligations.[187] This replaces DTC's function of settling trades (making book-entry security movements from and to the accounts of participating brokers/ banks). Said differently, the existing plumbing system would be overhauled.

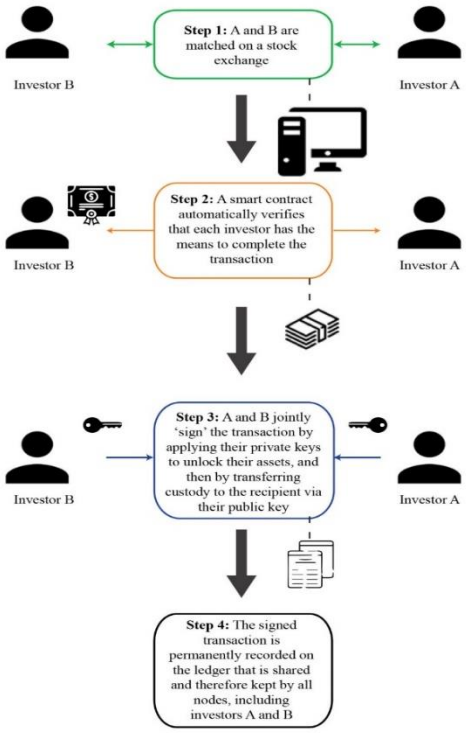


Figure 3: Clearing and Settlement on Blockchain

Under the proposed model, a recipient of a given token holds direct custody due to streamlining of existing custodial arrangements.[188] However, direct custody may not necessarily equate to direct ownership of a token. Debate over ownership status of a token is beyond the scope of this contribution. It suffices to say that some purport that possession of a token entails direct ownership,[189] while others foresee that digitized securities cannot yield property rights.[190] If any, this analysis may have to be taken in light of UCC and DGCL provisions on property rights.

---

[187] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 4-5.

[188] Since the recipient holds direct custody it is likely that the securities intermediaries' current obligation to obtain and maintain securities on behalf of the entitlement holder (under section 8-504) would cease, along with the securities intermediaries' duty to follow due care (at minimum) when preforming such obligation. See Del. Code Ann. tit. 6, § 8-504 (West).

[189] Bramhall (n 161) para 5, 25.

[190] Tatiana Cutts, 'Bitcoin Ownership and its Impact on Fungibility' (*COINDESK*, 14 June 2015) <https://www.coindesk.com/bitcoin-ownership-impact-fungibility> accessed 2 December 2019.

Moreover, securities on blockchain are said to be traceable because the addresses containing tokens are visible to gatekeepers.[191] By matching shareholders' private keys (login credentials) to their addresses (a product of their public key), gatekeepers are able to link ownership of each token to its holder.[192] This introduces transparency which the fungible bulk system lacks and for which complexities arise in the voting system. However, the efficacy of tracing shares hinges on resolving technical design issues, and regulatory gaps.

3.2 Technical Design Issues

The ability to trace shares assumes that shareholders are skilled enough to manage and secure private keys. Effective management is imperative, because if a private key associated to a particular token residing within an address is lost or compromised then that token is irrevocably lost.[193] Hence, shareholders would incur monetary loss without recourse. Even more seriously, loss may lead to fraud or takeover of assets contained in the address.[194]

That said, investors may lack technical sophistication needed to effectively manage private keys. One may even expect investors to voluntarily deposit their tokens with custodians, who may decide to hold them in addresses containing pooled assets.[195] However, doing so compromises blockchain's goal of creating a clear chain of title for every unit of stock.[196] Investors engaging with proxy advisors may, alternatively, grant them access to their private key for management and safekeeping.

Achieving strong safety features is a challenging undertaking that depends on various design choices (e.g. strength of cryptography).[197] Private permissioned blockchain attempts to achieve this by binding the identity of public keys to individual or corporate identities. This on its own may not prove to be sufficient, gatekeepers may want consider best practices in information security that extend beyond cryptography.[198]

Other design issues must be carefully considered prior to adoption. Recall that a private permissioned blockchain empowers a single platform operator (gatekeeper) to control changes to the ledger, grant access to the system, inter alia. This resembles, to a large extent, existing arrangements. It is possible that gatekeepers charge rents for access and services, and that they may fail to treat participants evenhandedly. This undermines aims of improved integrity and efficiency,[199] and creates a need for

---

[191] Bramhall (n 161) 7.
[192] Mills and others (n 152) 12.
[193] Bramhall (n 161) 7-8.
[194] Mills and others (n 152) 24.
[195] Changpeng Zhao, 'CZ on Centralization Vs. Decentralization' (*Binance Blog*, 12 February 2019) <www.binance.com/en/blog/301982828007075840/CZ-on-Centralization-Vs-Decentralization?ref=tokendaily> accessed 29 November 2019.
[196] Bramhall (n 161) 7-8.
[197] Mills and others (n 152) 24.
[198] Ibid.
[199] Ibid 31.

regulating prices charged and imposing enforcement measures (e.g. threat of sanction or expulsion for misbehavior).[200]

Further, having information stored on a limited number of nodes controlled by gatekeepers concentrates operational risk.[201] The system could fail due to internal malfunction, external threats (e.g. deliberate attacks or if a participant's system shut downs), even a surge in trading volume may overwhelm operations.[202] Unless resilience is ensured, the adoption of blockchain may well be rejected – for unsafe operation can damage the broader stability of the financial market.[203]

Other concerns relate to scalability – whether blockchain can accommodate hundreds of millions of daily trades. While a private blockchain decreases latency relative to a public blockchain (i.e. time taken for an order instruction to be recorded on the ledger) by removing the consensus process, other aspects of scalability are not clear.[204] Again, implementation will be dismissed by public authorities and intermediaries if blockchain cannot provide speedy and reliable services.

3.3 Regulatory Gap

Given the existing regulatory environment, the adoption of blockchain plumbing and voting is impossible. Unless existing SEC Rules and/ or DGCL provisions are restructured, only incremental changes can be made to the voting system. As such, this subsection explores how SEC Rules may permit disintermediation of a registered clearing agency and central depository (DTC and NSCC) to facilitate direct holding, and thereafter direct voting.[205]

Since the establishment of DTC in the 1970s, SEC has concentrated more power in national CSPs. It approved a rule proposed by major stock exchanges requiring issuers to make their securities DTC eligible[206] prior to listing; [207] it empowered DTC to refuse security withdrawal requests by issuers;[208] and it prohibited issuers from passing bylaw amendments making their securities ineligible for DTC ownership and book-entry services.[209]

---

[200] Geis (n 32) 38.
[201] Yermack (n 173) 10.
[202] Morris and Glodstein (n 18) 29.
[203] Mills and others (n 152) 33.
[204] Ibid 22.
[205] This contribution does not purport to address *all* possible legal issues arising from or in relation to blockchain CSPs and voting processes, nor does it feature *all* laws and regulations that may relate thereto.
[206] A security is DTC eligible when it qualifies for being held at DTC and for being traded and serviced through its electronic book entry system. For instance, the issuance must meet the meaning of 'financial asset' under UCC, fulfill or be exempt from certain requirements under SEC Rules, and have a CUSIP number. See Morris and Glodstein (n 18) 34.
[207] Securities Transactions Settlement, 69 FR 12922-01.
[208] Self-Regulatory Organizations; The Depository Trust Company; Order Granting Approval of a Proposed Rule Change Concerning Requests for Withdrawal of Certificates by Issuers, 68 FR 35037-01.
[209] Proposed Rule: Issuer Restrictions or Prohibitions on Ownership by Sec. Intermediaries, Release No. 49804 (June 4, 2004).

These rules intend to stop issuers from reverting to manual CSPs, and thus, protect the financial market from problems experienced pre-1970s paper crises: inefficiency, risk, and added cost in CSPs. However, such rules also bar *any* alternative to DTC share provenance – including blockchain's electronic substitute to paper certificates.[210]

To permit blockchain share provenance, SEC would need to grant regulatory relief from prevalent CSPs.[211] That is, SEC would set regulatory standards that issuers and their transfer agents must meet in order to qualify for relief pertaining but not limited to: consenting to making securities DTC eligible;[212] prohibition on withdraw of securities by board of directors and shareholder resolution;[213] prohibition on passing of corporate bylaws permitting alternative certificated transfers;[214] performing strict CSPs such as novation, netting, and final settlement through intermediaries in two days (T+2);[215] and registering with SEC as a transfer or clearing agency.[216]

If relief is indeed granted, how could the transition from an IHS to a direct one look like? Tokens representing securities would be originally issued in electronic form to investors (i.e. they are granted private keys associated to an address in which issued tokens reside). Transfer of ownership of a single token would require re-registration of that token in the name of the buying investor (new owner).[217] Like paper-based holding, securities need not be physically isolated and held in unidentifiable bulk with DTC.[218] In that manner, blockchain creates a fully electronic version of paper certificates but without the risks and costs that prompted the paper crisis.

Further, existing issuers could elect to withdraw their fungible bundle of securities from DTC and record ownership digitally on blockchain. As for corporations going public, they could elect to place issued securities directly on blockchain as opposed to having them DTC eligible.[219] To be sure, this transition requires coordination between blockchain CSPs and existing arrangements. Otherwise, significant costs may arise from reconciling siloed solutions and dissimilar standards. An outcome that would clearly deter policymakers from permitting adoption.[220]

---

[210] CII Letter 31 Jan 3019 (n 3) 4.
[211] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 4-5.
[212] Self-Regulatory Organizations; American Stock Exchange, Inc.; Boston Stock Exchange, Incorporated; Chicago Stock Exchange Incorporated; National Association of Securities Dealers, Inc.; New York Stock Exchange, Inc.; the Pacific Stock Exchange Incorporated; Philadelphia Stock Exchange, Inc., Order Approving on an Accelerated Basis Proposed Rule Changes Regarding Depository Eligibility Requirements, 60 FR 30909-01
[213] Self-Regulatory Organizations; The Depository Trust Company; Order Granting Approval of a Proposed Rule Change Concerning Requests for Withdrawal of Certificates by Issuers, 68 FR 35037-01.
[214] Proposed Rule: Issuer Restrictions or Prohibitions on Ownership by Sec. Intermediaries, Release No. 49804 (June 4, 2004).
[215] Securities Transaction Settlement Cycle, 82 FR 15564-01.
[216] Regulation of Clearing Agencies, Release No. 16900 (June 17, 1980).
[217] Mills and others (n 152) 25.
[218] Geis (n 32) 40.
[219] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 5.
[220] Embracing Disruption (n 182) 2.

4 Overhaul of Existing Proxy Voting System

4.1 Envisioning Proxy Voting on Blockchain

Once regulatory relief is granted, blockchain traceable shares could be used in the voting context to resolve voting pathologies. While share identification is currently extremely difficult (e.g. in appraisal claims), blockchain could allow every unit of stock to have a clear chain of title identifying current and prior owners.[221] Needless to say, fundamental change will not come easy. It requires substantial resources and effort, and it will likely encounter resistance from incumbents (e.g. Broadridge) who profit from inefficiencies endemic to the current voting system.[222]

Prior to examining how blockchain may resolve voting pathologies, it useful to understand how the voting process could work on blockchain (see figure 4). We focus on the following aspects in order to illustrate how streamlining the voting process may benefit shareholder voting:

a. *Construction of blockchain*: Following our initial model, blockchain is permissioned (only the trusted gatekeeper can enter its content) and private (viewable only by the corporation and its transfer agent, shareholders and their proxy advisors, and regulators).[223] The technology records each shareholder's holdings as of the record date – which would ideally be fixed much closer to the meeting date than currently allowed by DGCL (i.e. ten-sixty days).[224]

Under the existing voting system, a long time gap is vital for moving up and down the chain of intermediaries to find the approximate number of beneficial owners. Conversely, blockchain records the exact number of shareholders eligible to vote without having to take lengthy steps. This smooths operational complexities, and thus, mitigates errors and costs currently incurred by issuers and their owners.

b. *Distribution of proxy materials*: Closer to the meeting date, the gatekeeper uploads proxy materials for shareholders to view.[225] This ensures that all shareholders have instant and simultaneous access to proxy materials, and hence, to voting rights. Whereas, under existing arrangements materials often do not reach some shareholders in time for them to vote because intermediaries are required to work under tight deadlines amid cumbersome processes.[226] Thus blockchain offers a far less expensive voting process that warrants eligible shareholders their entitlements (e.g. voting rights, right to proxy materials, etc.).

[221] Geis (n 32) 40.
[222] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 4.
[223] Ibid 5.
[224] Del. Code Ann. tit. 8, § 213 (West).
[225] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 5.
[226] Kahan and Rock (n 30) 1249.

c. *Vote allocation and execution*: As of the record date but before a shareholders meeting, the gatekeeper allocates tokenized voting rights (or votecoins)[227] to shareholders' addresses on a pro rata basis.[228] As such, shareholders know precisely how many votes they are entitled to cast.

Additionally, gatekeepers authenticate the identity of voters (shareholders or their proxy advisors) by requiring provision of their personal identification outside the chain. The gatekeeper then records proof of authentication on the chain for voting instructions to be executed.[229] During a predetermined voting period, shareholders or proxy advisors (with access to shareholders' private keys) transfer votecoins corresponding to their voting preference to an address, which automatically counts votes.[230]

Noticeably, blockchain makes redundant the functions of material dissemination and voting solicitation typically performed by proxy service providers.[231] This promises issuers massive cost savings, typically paid to Broadridge for its communication services.[232]

d. *Vote tabulation*: Tabulation would occur in real time. As shareholders or proxy advisors cast allotted votes,[233] blockchain immediately relays back voting instructions and verification that votes are counted. In turn, each shareholder has immediate and accurate end-to-end confirmation on how their shares were voted.[234] Of course, the corporation and other shareholders would not be able to see how many

---

[227] Yermack (n 173) 23.
[228] Kahan and Rock (n 30) 1255.
[228] Nord (n 33) 732.
[229] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 5.
[230] Other permissioned blockchain models propose that shareholders may transfer their votecoins to addresses of proxy advisors. However, doing so would deprive the shareholder from knowing exactly how her shares were voted since the dispatched votecoins may be commingled in the proxy's account. Essentially, the concept of fungible bulk would be replicated on blockchain. See Nord (n 33) 732.
[231] Having the voting solicitation function of proxy service providers diminish indicates that broker's/ bank's role and in fact obligation to exercise corporate rights on behalf entitlement holders (under section 8-506) would also likely diminish, along with these securities intermediaries' duty to follow due care standards (at minimum) when performing the said obligation. See Del. Code Ann. tit. 6, § 8-506(2) (West).
[232] n 29.
[233] Currently a fiduciary standard governs the conduct of proxy advisers under Rule 206(4)-6 of the Investment Advisers Act of 1940 – whereby proxy advisors owe their clients duties of care and loyalty with respect to all services undertaken on the client's behalf, including proxy voting. See Sec. & Exch. Comm'n v. Capital Gains Research Bureau, Inc., 375 U.S. 180, 181, 84 S. Ct. 275, 277, 11 L. Ed. 2d 237 (1963). To be sure, Rule 206(4)-6 requires a proxy advisor that exercises voting authority over clients' proxies to adopt "reasonably designed" policies/procedures that ensure that the advisor votes in the best interest of its clients; to disclose to clients' information about such policies/procedures; and likewise to disclose how clients may obtain information on how the advisor has voted. Otherwise, the statute proclaims that the advisors' act is fraudulent, deceptive, or manipulative within the meaning of Section 206(4) of the said Act. See US Securities and Exchange Commission, 'Final Rule: Proxy Voting by Investment Advisers' (The SEC is adopting a new rule and rule amendments under the Investment Advisers Act of 1940, Washington DC, February 2003) <https://www.sec.gov/rules/final/ia-2106.htm#P43_3923> accessed 28 June 2020. Case law furthers that a breach of this fiduciary duty may void an investment advisers' contract. See Transamerica Mortg. Advisors, Inc. (TAMA) v. Lewis, 444 U.S. 11, 11, 100 S. Ct. 242, 243, 62 L. Ed. 2d 146 (1979). Notably, under the proposed blockchain system this fiduciary duty imposed upon proxy advisors is unlikely to change because it would continue to protect the interests of advisory clients/ shareholders regardless of the system in place.
[234] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 6.

shareholders have voted. Once the voting period ends, the blockchain would immediately report aggregated results to the corporation and shareholders.[235]

Vote verification in this manner ensures that only owners of securities as of the record date, are truly those voting. There would be no need to worry about former owners or unrelated parties casting fraudulent votes.[236] Such transactions, would simply be rejected as invalid. Further, the immutable nature of the stock ledger guarantees certainty and accuracy in vote processing since transactions cannot be removed, but only updated. Evidently, these features lack in the existing system where tabulators attempt to resolve inaccurate votes in a rudimentary manner.[237]

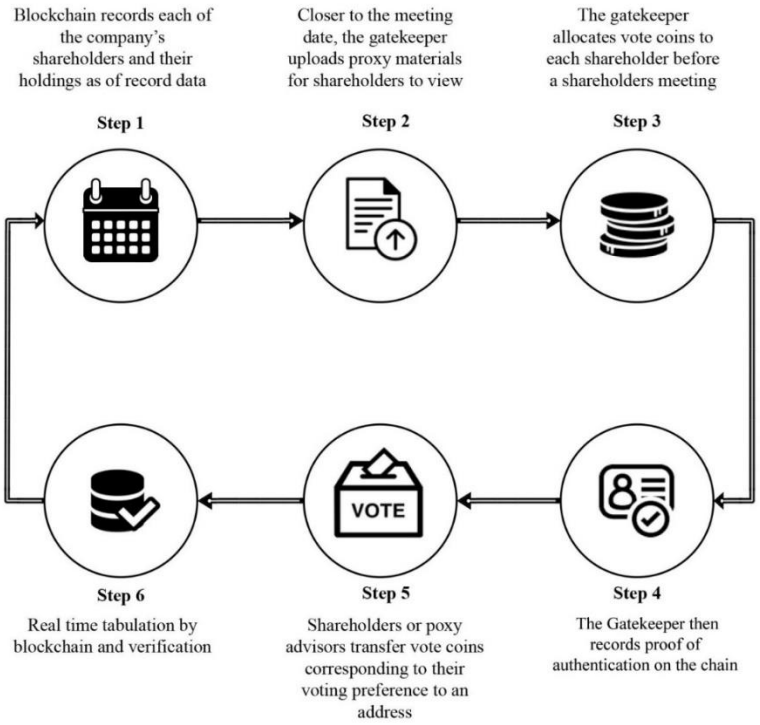


Figure 4: Voting on Blockchain

[235] DGCL provisions may need to be amended to provide for the proposed shortened period between the record date and the meeting date, to grant issuers' relief for their obligation to appoint tabulators, inter alia.
[236] Geis (n 32) 42.
[237] Nord (n 33) 718.

4.2 Impact on Shareholder Voting

Once one understands how blockchain operates in the voting context, it becomes easy to spot how the four pathologies of voting are eliminated or mitigated in favor of investors. The following subsection describes how investors may enjoy quicker, more accurate, and secure voting.

4.2.1 Pathologies of Complexity

The opacity of the IHS makes it procedurally difficult for shareholders to confirm how theirs shares have been voted. While, DGCL continues to condition shareholders' accessibility to certain legal rights (e.g. appraisal rights) upon this confirmation. With blockchain's custody ledger, shareholders could supply evidence of their share provenance and voting decisions as necessary.[238] This facilitates shareholders' access to legal rights, and thus, boosts the overall health and fairness of capital markets.

In the context of appraisal rights, courts need not probe about Cede casting enough non-positive votes to support all claims, nor need they worry about how to apportion eligible shares among multiple claimants without knowing exactly whose specific shares were voted appropriately.[239] That said, appraisal arbitrage would be curtailed and its adopters would find it difficult to insist that their votes are covered by Cede's total dissenting/ abstaining votes.

Moreover, current complexities associated to share identification by latecomers are mitigated. By narrowing the voting gap (i.e. time between the record and meeting dates) a purchasing shareholder could obtain the vote much closer to the meeting date, retain the vote, and offer evidence for non-positive voting.[240] Thus, there would be less need for courts to debate how late purchased shares were voted by others – as in the Transkaryotic case.[241]

Some tricky situations may persist. Imagine that a corporation announces a merger on May 1st, the record date is June 15, and votes are tallied over 24-hours from the record date.[242] Shareholder A votes her 10 shares on May 31st but sells them to shareholder B on June 2nd. In turn, shareholder B retains the right to revote those 10 shares against the deal, and to resurrect an appraisal claim. However, to avoid confusion on how those 10 shares were voted verification protocols need to additionally screen-out the selling shareholder's earlier votes.[243] Otherwise, this could drown out benefits of voting with traceable shares.

---

[238] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 8.
[239] n 21-23.
[240] Geis (n 32) 45.
[241] n 22-23.
[242] Geis (n 32) 41.
[243] Ibid 45.

4.2.2 Pathologies of Ownership

A clear chain of custody forgoes uncertainties as to who owns a specific share of stock, and therefore, the negative side effects that follow therefrom. In the context of margin lending, transparency of share ownership eliminates the problem of over-voting.

Recall, that a margin loan transfers legal title and voting rights from lending investors to borrowers (e.g. institutional investors).[244] A broker effecting a margin loan, on behalf of a lending investor, cannot reflect the loan on its books due to share fungibility. Problematically, the broker may end up submitting more than 100% of its share allotment.

Intuitively, blockchain would record ownership transfers for the exact number of shares that are on loan. The gatekeeper would then allocate votecoins to lenders and borrowers based on their exact equity holdings.[245] Stock loans would become transparent – perhaps even providing notice to shareholders and management regarding redistribution of voting rights.[246]

Further, the elimination of over-voting foregoes rudimentary reconciliation methods by brokers/ banks. Current reconciliation methods disregard inaccuracies in vote counts at the beneficial owner level, albeit ensure that total votes submitted to tabulators match brokers/ banks' DTC position.[247] That is, brokers/ banks act as if votes belong to them (not beneficial owners).[248] Blockchain would place voting rights back in the hands of true owners – those whose voting intent is critical to the fate of a corporation and is meant to maximize shareholder value.

That said, investors may regain confidence in the integrity and accuracy of the voting system which may bolster participation rates in corporate governance (e.g. through greater activity in shareholder proposals).[249] However, greater access to information may not improve participation due to shareholder apathy. Most Americans passively invest in mutual funds, and thus cede active management with little care about the underlying stock owned by their respective funds. Hence, they would certainly not care about corporate governance issues at individual portfolio companies.[250] Even shareholders who actively manage their investments are notoriously uninformed.[251]

Theoretically, a perfectly informed shareholder undermines the rationale behind a prudent board representation.[252] Insulated from shareholder influence, expert directors and specialists enable an efficient running of the corporation in favor of owners. Conversely, greater shareholder participation may hinder the board's strategic and managerial roles.

---

[244] n 23-25
[245] CII Letter 8 Nov 8 2018 (n 3) 5.
[246] Yermack (n 173) 24.
[247] n 24.
[248] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 4.
[249] Geis (n 32) 42; CII Letter 8 Nov 2018 (n 3).
[250] Nord (n 33) 745.
[251] Lynn A Stout, 'Are Stock Markets Costly Casinos - Disagreement, Market Failure, and Securities Regulation' (1995) 81 Virginia Law Review 611, 710.
[252] Kraakman and others (n 55) 12-13.

4.2.3 Pathologies of Misalignment

Intermediated stockholding and voting systems necessitate an early record date for determining and executing voting rights ahead of shareholder meetings, but open room for empty voting (voting rights are exercised without economic exposure).[253] So far, the market has endured significant anomalies arising therefrom without recourse to effective solutions.[254]

Where voting is done without intermediaries under blockchain, the need for an early record date becomes superfluous. Indeed, fixing the record date closer to the meeting date would mitigate empty voting. A shorter time gap would ensure that voting power is linked to share ownership for longer periods of time, and hence, there would be fewer opportunities for extraneous votes to be sold or manipulated.[255]

This may deter some of the undesirable outcomes of empty voting, [256] including: (i) diminishing a company's share value whether done intentionally as a tactic or unintentionally due shareholder apathy; and (ii) safeguarding the interests of one group of shareholders at the expense of another disempowered group as in the Mylan/ King merger.[257]

To be clear, reducing the time gap would only address part of the problem. Activist shareholders and hedge funds may still go on buying sprees in order to steer election outcomes, as the voting date approaches. They would buy and retain shares (and so votes too), whilst hedging away the economic risks derived from share ownership (using swaps or other derivative transactions).[258] Consequently, sophisticated tactics such as those deployed by Perry in the Mylan/ King merger would not be curtailed after all. Perhaps more comprehensive solutions would be needed to eliminate empty voting.

4.2.4 Financial Costs

The aforesaid analysis indicates that issuers and investors will save costs by ridding of expensive reconciliation methods and proxy solicitation services.[259] It is true, that we had presaged that appointing a central gatekeeper (operating the platform) may replicate existing bereft of competition and susceptibility to concentrated risks of failure. However, if SEC grants regulatory relief for corporations developing blockchain solutions, that would reduce entry barriers.[260] Prices would be set by forces of demand and supply whilst competition would be enhanced among platform operators.

---

[253] Hu and Black (n 115) 1015-1017.
[254] CII Letter 8 Nov 2018 (n 3) 4.
[255] Nord (n 33) 733.
[256] Geis (n 32) 42.
[257] n 27-28
[258] Geis (n 32) 42.
[259] Blockchain in Capital Markets (n 140) 20.
[260] CII Letter 31 Jan 2019 (n 3) 8.

IV. Conclusion

The creation of the IHS was an immediate response to risks associated to paper certificated transfers. Indeed, the current system ensures some degree of safety and efficiency. However, it compromises the direct relationship between corporations and their true owners – as voting rights can only be exercised through intermediaries constituting the IHS. This proxy voting mechanism is rife with procedural complexity and suffers from lack of share ownership transparency. Consequently, significant voting pathologies arise.

Demands for change are compelling, especially with the prospect of blockchain offering a clear chain of title throughout the settlement cycle. Without fungible bulk, direct voting on blockchain is enabled. This dramatically streamlines voting processes, reduces monetary costs, and mitigates/ eliminates other pathologies illustrated by over-voting or vote manipulations.

However, reforms in the US stockholding and voting systems based on blockchain are conceptual. Adoption remains contingent on the resolution of regulatory gaps and technical design issues. Current SEC rules preclude any alternative share provenance system, and thus, regulatory relief is necessary if blockchain is to be adopted. As for technical design issues, blockchain is still in its infancy and requires further study into its compatibility with the financial market (e.g. resilience, security, etc.). Even if, regulatory relief is granted but the technology is immature that could harm the health of the overall financial market.

These findings are the result of an endeavor to investigate technical, functional, and legal aspects of blockchain. Available considerations on the adoption of blockchain as a pure recordkeeping mechanism, and in the context of stockholding and voting vary in their outcomes and in their extremity. However, available variation enabled the building of a holistic and multi-angled view on what blockchain stockholding and voting might look like. The proposed infrastructure goes beyond a basic framework by utilizing available variations. It makes interconnections between blockchain's technological features, CSPs, and voting logistics all whilst making comparisons to the pre-1970s direct and IHS – something which extant literature lacks.

V. Bibliography

Bower J L and Paine L S, *The Error at the Heart of Corporate Leadership* (Harvard Business School Publishing Corporation 2017).

Bramhall P, 'Blockchain Isn't Always the Solution (or Why Tokenizing Equity Securities is not the Answer to the Proxy Voting Problem)' (2019) Working Paper 3393774 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id3393774.pdf> accessed 29 November 2019.

Broadridge, 'Portfolio Securities Voting' (*Broadridge Financial Solutions*) <www.broadridge.com/financial-services/asset-management/institutional-investors/enhance-and-simplify-portfolio-management/portfolio-securities-voting> accessed 29 November 2019.

Castillo del M, '$11 Trillion Bet: DTCC to Process Derivatives With Blockchain Tech' (*COINDESK*, 21 December 2017 <https://www.coindesk.com/11-trillion-bet-dtcc-clear-derivatives-blockchain-tech> accessed 29 November 2019.

Council of Institutional Investors, *The OBO/NOBO Distinction in Beneficial Ownership: Implications for Shareowner Communications and* Voting (Cm S7-14-10, February 2010).

Council of Institutional Investors, 'Re: File Number 4-725 Roundtable on the Proxy Process, and File Number S7-24-16 (Universal Proxy)' (Council of Institutional Investors 8 November 2018) <www.cii.org/files/20181108%20CII%20Letter%20for%20SEC%20Proxy%20Roundtable.pdf> accessed 29 November 2019.

Council of Institutional Investors, 'Re: File Number 4-725 Roundtable on the Proxy Process' (Council of Institutional Investors 31 January 2019) <www.sec.gov/comments/4-725/4725-4864575-177347.pdf> accessed 29 November 2019

Daniels A, 'Blockchain & Shareholder Voting: A Hard Fork for 21st Century Corporate Governance' [2018] 21 University of Pennsylvania Journal of Business Law 405.

Depository Trust and Clearing Cooperation, *Embracing Disruption: Tapping the Potential of Distributed Ledgers to Improve the Post-Trade Landscape* (Cm 2016) 14.

Donald D, 'The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America Ceded its Shareholders to its Intermediaries' (2007) University of Frankfurt Institute for Law and Finance Draft Paper 1017206 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id1017206.pdf> accessed 29 November 2019.

Donald D, 'Heart of Darkness: The Problem at The Core of the US Proxy System and Its Solution' [2011] 6 Virginia Law & Business Review Association 41.

Cutts T, 'Bitcoin Ownership and its Impact on Fungibility' (*COINDESK*, 14 June 2015) <https://www.coindesk.com/bitcoin-ownership-impact-fungibility> accessed 2 December 2019.

Garvin T L, 'The Changed (and Changing) Uniform Commercial Code' (1999) 26 Florida State University Law Review 285.

Geis G, 'Traceable Shares and Corporate Law' (2018) 113 Northwestern University Law Review 1 (forthcoming).

Greco P, 'Blockchain Implementation in Today's Security Settlement Process' (2018) <https://thedailycpa.com/wp-content/uploads/2019/05/Blockchain-Implementation-in-Todays-Security-Settlement-Process-2.pdf> accessed 29 November 2019.

Hakes R A, 'UCC Article 8: Will the Indirect Holding of Securities Survive the Light of Day' [2002] 35 Loyola of Los Angeles Law Review 661.

Hu H TC and Black B, 'Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership: Taxonomy, Implications, and Reforms' [2006] 61 The Business Lawyer 1011.

International Corporate Governance Network, 'Cross-Border Voting' (*International Corporate Governance Network*, July 2014) <www.icgn.org/policy/viewpoints/cross-border-voting> accessed 27 November 2019.

Kahan M and Rock E, 'The Hanging Chads of Corporate Voting' [2008] 96 The Georgetown Law Journal 1227.

Kearney K, 'Proxy.gov: A Proposal to Modernize Shareholder Lists and Simplify Shareholder Communications' (2015) 37 Hastings Communications and Entertainment Law Journal 391.

Kelly J, 'Computershare teams up with start-up SETL on blockchain project' (*Reuters*, 28 April 2016) <www.reuters.com/article/us-securities-blockchain-computershare/computershare-teams-up-with-start-up-setl-on-blockchain-project-idUSKCN0XP1NL> accessed 29 November 2019.

Kraakman R and others, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3rd edn, Oxford University Press 2017).

Laster J T 'The Block Chain Plunger: Using Technology to Clean Up Proxy Plumbing and Take Back the Vote' (Keynote Speech to the Fall 2016 meeting of the Council of Institutional Investors, 29 September 2016) <www.cii.org/files/09_29_16_laster_remarks.pdf> accessed 27 November 2019.

Latham & Watkins, 'M&A: Deal Commentary' (Latham & Watkins April 2007) pt Record Date vs. Meeting Date <www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1878_1.Commentary.Empty.Voting.pdf> accessed 29 November 2019.

Mainelli M and Milne A, 'The Impact and Potential of Blockchain on the Securities Transaction Lifecycle' (2016) SWIFT Institute 48 <www.swiftinstitute.org/wp-content/uploads/2016/05/The-Impact-and-Potential-of-Blockchain-on-the-Securities-Transaction-Lifecycle_Mainelli-and-Milne-FINAL-1.pdf> accessed 29 November 2019.

Mann R J and others, *Comprehensive Commercial Law: 2017 Statutory Supplement* (Wolters Kluwer Law & Business, 2017).

Mills D and others, 'Distributed Ledger Technology in Payments, Clearing, and Settlement' (2016) Board of Governors of the Federal Reserve System Working Paper 2881204 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2881204.pdf> accessed 29 November 2019.

Mooney C W, 'Beyond Intermediation: A New (FinTech) Model for Securities Holding Infrastructures' (2019) University of Pennsylvania Law School 2098.

Morris V B and Glodstein S Z, *The Lifecycle of a Security* (Lightbulb Press, Inc. 2010).

Nord S J, 'Blockchain Plumbing: A Potential Solution for Shareholder Voting' [2019] 21 University of Pennsylvania Journal of Business Law 706.

OECD (2011), The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance, Corporate Governance, OECD Publishing.

Oxford Economic Research Associates, 'Corporate Action Processing: What are the Risks?' (Sponsored by Depository and Trust Clearing Corporation, Oxford Economic Research Associates May 2004) <www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Corporate-action-processing.pdf>

PAECH P, *Cross-Border Issues of Securities Law: European Efforts to Support Securities Markets with a Coherent Legal Framework* (Requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, Cm 464.416, 2011).

Panisi F and others, 'Blockchain and Public Companies: A Revolution in Share Ownership Transparency, Proxy-Voting and Corporate Governance?' [2019] 2.2 Stanford Journal of Blockchain Law and Policy 1.

Ryan R and Donohue M, 'Securities on Blockchain' (2017) 73 Business Lawyer 85.

Seretakis A L, 'Blockchain Securities Markets and Central Banking' (2017) Trinity College Dublin Working Paper 3007402 <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id3007402.pdf> accessed 29 November 2019.

Song W, 'Bullish on Blockchain: Examining Delaware's Approach to Distributed Ledger Technology in Corporate Governance Law and Beyond' (2017) 8 Harvard Business Law Review 9.

Steyer R, 'Mylan and Icahn Turn Up the Volume' (*TheStreet*, 22 December 2004) <www.thestreet.com/story/10200481/1/mylan-and-icahn-turn-up-the-volume.html> accessed 29 November 2019.

Steyer R, 'New Player Joins Mylan-King Fray' (*TheStreet*, 29 November 2004) <www.thestreet.com/story/10196467/1/new-player-joins-mylan-king-fray.html> accessed 29 November 2019.

Stout L A, 'Are Stock Markets Costly Casinos - Disagreement, Market Failure, and Securities Regulation' (1995) 81 Virginia Law Review 611.

Toole M and others, 'The First Block in the Chain: Proposed Amendments to the DGCL Pave the Way for Distributed Ledgers and Beyond' (Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 2017) <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/the-first-block-in-the-chain-proposed-amendments-to-the-dgcl-pave-the-way-for-distributed-ledgers-and-beyond/> accessed 29 November 2019.

US Securities and Exchange Commission, 'Final Rule: Custody of Investment Company Assets with a Security Depository' (The SEC is adopting amendments to rule 17f-4 under the Investment Company Act of 1940, Washington DC, February 2003) <https://www.sec.gov/rules/final/ic-25934.htm#I> accessed 28 June 2020.

US Securities and Exchange Commission, 'Final Rule: Proxy Voting by Investment Advisers' (The SEC is adopting a new rule and rule amendments under the Investment Advisers Act of 1940, Washington DC, February 2003) <https://www.sec.gov/rules/final/ia-2106.htm#P43_3923> accessed 28 June 2020.

US Securities and Exchange Commission, 'Roundtable on Proxy Voting Mechanics' (Topic on Share Ownership and Voting, Washington DC, May 2007) <www.sec.gov/spotlight/proxyprocess/proxyvotingbrief.htm> accessed 27 November 2019.

US Securities and Exchange Commission, 'Roundtable on the Proxy Process' (Chairman Jay Clayton cautions the participants about potential changes to the existing securities trading and clearing system, Washington DC, November 2018) <www.sec.gov/spotlight/proxyprocess/proxyvotingbrief.htm> accessed 27 November 2019.

Van der Elst, C and Lafarre A, 'Blockchain and Smart Contracting for the Shareholder Community' (2019) 20 European Business Organization Law Review <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40804-019-00136-0.pdf> accessed 27 November 2019.

Wyman O, 'Blockchain in Capital Markets: The Prize and the Journey' (Joint Report with Euroclear, February 2016).

Yermack D, 'Corporate Governance and Blockchains' (2017) Oxford University Press Review of Finance 7.

Zhao C, 'CZ on Centralization Vs. Decentralization' (*Binance Blog*, 12 February 2019) <www.binance.com/en/blog/301982828007075840/CZ-on-Centralization-Vs-Decentralization?ref=tokendaily> accessed 29 November 2019.

InDret
3.2020

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona
-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juny 2020)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 5 i 11 de juny de 2020

Sumari

-

Comentari a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 5 de juny de 2020 (exclusió de béns en un llegat d'usdefruit universal i presa de possessió pel legatari) i d'11 de juny de 2020 (compravenda de – gairebé – tot l'immoble i drets de tanteig i retracte de l'Administració).

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities dated 5 June 2020 (legacy of a usufruct of the entire estate: exclusion of certain assets and the legatee's right to acquire possession) and 11 June 2020 (sale of – almost – an entire building and administrative rights of first refusal).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities (June 2020)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, competència per a resoldre, terminis, llegat d'usdefruit universal, presa de possessió, compravenda d'immoble, drets d'adquisició preferent de l'Administració

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, power to decide, procedural time limits, legacy of a usufruct of the entire estate, acquisition of possession, sale of a building, administrative rights of first refusal.*

InDret

3.2020

-

Índex

1. Resolució de 5 de juny de 2020 (JUS/1366/2020; DOGC núm. 8158, de 19.6.2020). Exclusió de béns en un llegat d'usdefruit universal i presa de possessió pel legatari

1.1. Introducció

1.2. La qüestió competencial

1.3. L'elevació del recurs a l'òrgan incompetent i els terminis per a resoldre

1.4. El caràcter universal de l'usdefruit llegat i la presa de possessió per part del legatari

2. Resolució d'11 de juny de 2020 (JUS/1367/2020; DOGC núm. 8158, de 19.6.2020). Compravenda de (gairebé) tot l'immoble i drets de tanteig i retracte de l'Administració: dret aplicable i doctrina per a casos subjectes a la normativa vigent

2.1. Introducció

2.2. La voluntat d'incrementar el parc d'habitatge públic i les restriccions del dret de propietat en forma de drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració

2.3. Doctrina per a supòsits subjectes a la nova redacció dels art. 173 i 174 de la Llei d'urbanisme

3. Bibliografia citada

-

Aquest treball es publica amb una llicència Creative Commons Reconeixement-No Comercial 4.0 Internacional

1. Resolució de 5 de juny de 2020 (JUS/1366/2020; DOGC núm. 8158, de 19.6.2020). Exclusió de béns en un llegat d'usdefruit universal i presa de possessió pel legatari*

1.1. Introducció

La qüestió de fons discutida és si es pot considerar que el llegat d'usdefruit universal conserva aquesta qualificació malgrat que se n'excloguin certs béns de l'herència i si, per tant, la legatària en pot prendre possessió per la seva pròpia autoritat o bé si necessita el consentiment de tots els hereus cridats.

La successió, sotmesa al dret català, es regia per un testament de 2016 en què el causant havia llegat a la seva esposa els diners i la resta d'actius financers, així com el dret d'usdefruit universal i vitalici sobre tota la seva herència amb l'excepció de dues places d'aparcament, la plena propietat de les quals llegava als dos fills d'un anterior matrimoni. Als dos fills que va tenir amb la seva vídua els llegava la nua propietat d'un pis situat en una zona preuada de Barcelona. En la resta dels seus béns, instituïa hereus en el 50% els fills del seu primer matrimoni i en l'altre 50%, els fills que va tenir amb qui seria la seva vídua.

Produïda la defunció (2018), s'inventarien els béns (2019). El pis representa aproximadament el 85 % del valor de l'herència.

En l'escriptura presentada, els fills del darrer matrimoni reiteren l'acceptació de l'herència i s'adjudiquen la nua propietat del pis per meitats indivises. La vídua accepta i s'adjudica l'usdefruit universal, amb l'excepció de les places de garatge. No intervenen en l'atorgament d'aquesta escriptura els fills de l'anterior matrimoni.

La registradora va inscriure la nua propietat del pis, però va "suspendre la inscripció de l'usdefruit perquè en el testament no es va autoritzar a la legatària a prendre possessió per ella sola del llegat i l'usdefruit, que no és universal, encara que el testament el qualifiqui com a tal, n'exclou les dues places d'aparcament, tot plegat de conformitat amb l'article 427-22 del Codi civil de Catalunya" (Relació de fets, IV).

La vídua va presentar recurs per tal que es remetés a la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN; actualment, Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública[1]). El notari que va autoritzar l'escriptura també va fer al·legacions. Els arguments contra la nota de qualificació coincideixen substancialment en el fet que l'usdefruit continua essent universal malgrat se n'excloguin béns (art. 427-34.2 del Codi), cosa que fins i tot succeeix per disposició legal,

* Autora de contacte: Miriam Anderson miriam.anderson@ub.edu
Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2017SGR151, Grup de Dret Civil Català, i DER2017-82129-P.

[1] La resolució dels recursos governatius correspon actualment a la Subdirecció General dels Registres i del Notariat (Reial Decret 139/2020, de 28.1.2020, pel qual s'estableix l'estructura orgànica bàsica dels departaments ministerials, i Reial Decret 453/2020, de 10.3.2020, pel qual es desenvolupa l'estructura orgànica bàsica del Ministeri de Justícia i es modifica el Reglament del Servei Jurídic de l'Estat, aprovat pel Reial Decret 997/2003,d e 25.7.2003, art. 7.1 lletra h, i 7.2, lletra b).

perquè no s'estén a la llegítima[2]. També comparteixen el recurs i les al·legacions del notari l'argument conforme al qual la vídua ja tenia la possessió del pis, atès que era el domicili comú. El notari afegeix que històricament l'usdefruit del cònjuge vidu atorgava una posició de força al seu titular, justament amb l'objectiu d'evitar que estigués vinculat pel fet de necessitar el consentiment dels hereus.

Malgrat que la nota de qualificació, el recurs i les al·legacions del notari es basaven exclusivament en normes de Dret català, la registradora va remetre l'expedient a la DGRN. Dos dies abans que s'escolés el termini de tres mesos des de la interposició del recurs, aquest va tenir entrada a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (DGDEJ), arran de la inhibició del Ministeri de Justícia.

En aquestes condicions, no és estrany que els problemes competencials i procedimentals ocupin els primers fonaments de dret de la resolució.

1.2. La qüestió competencial

A diferència d'altres ocasions, en què s'ha pogut considerar que la DGDEJ ha estès la seva competència més enllà del que la justifica[3], en aquest cas no hi ha cap dubte que és, com encertadament afirma la resolució, "inqüestionable" (FD 1.3). Tot i que això tampoc no exclouria la competència, ni tan sols es detecta cap referència a preceptes merament registrals, ni en la nota, ni en el recurs, ni en les al·legacions. Fins i tot sembla ser que l'informe de la registradora es limita a citar normes del Codi civil de Catalunya.

Per tot això, es comprèn que la DGDEJ s'expressi en els següents termes:

> "La manca d'anàlisi sobre el dret aplicable i la competència per a resoldre per part d'una funcionària amb el nivell i la preparació de la registradora no és comprensible ni acceptable, cosa que subratllem, ni s'ajusta gens a la lletra ni a l'esperit de l'article 3.3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril" (FD 1.2).

1.3. L'elevació del recurs a l'òrgan incompetent i els terminis per a resoldre

La contundència de la reprovació que s'acaba de transcriure s'explica, no només per la qüestió competencial, sinó també perquè el fet que l'expedient s'elevés a la DGRN va comportar que no entrés a la DGDEJ fins dos dies abans que s'acabés el termini de tres mesos per a la resolució del recurs governatiu.

Atès que aquesta circumstància només és imputable a la registradora (FD 2.2) i no a la Generalitat (com tampoc a la recurrent), la DGDEJ considera, de la mateixa manera que ha fet altres vegades, que el termini per a resoldre s'ha de comptar, en casos en què, com el que ens ocupa, el Ministeri s'inhibeix per manca de competència, a partir del moment en què el recurs té entrada a la DGDEJ, sempre i quan entremig l'interessat no recorri judicialment una

[2] La universalitat s'interpretaria, doncs, de manera semblant al que ocorre amb la condició d'hereu, la crida universal per excel·lència, tot i que sense incloure el passiu.

[3] Recentment, vegeu els comentaris a les Resolucions de 25 de juliol de 2019 (JUS/2185/2019, DOGC núm. 7934, de 7.8.2019), a 4 *InDret* (2019) i de 19 de desembre de 2019 (JUS/3601/2019, DOGC núm. 8039, de 10.1.2020), a 2 *InDret* (2020).

suposada desestimació del recurs per silenci negatiu (FD 2.2 i 2.3). Això es justifica perquè "la persona que ha recorregut té dret a una administració eficient i perquè el Departament de Justícia està obligat a exercir les seves competències, més encara quan, com és el cas, la salvaguarda de l'aplicació real i efectiva a la pràctica del dret civil de Catalunya que la justifica és d'interès públic" (FD 2.3).

S'afegeix que, altrament, seria el registrador la resolució del qual es recorre qui pogués acabar forçant l'interessat a acudir a la via judicial i privant a la DGDEJ d'exercir la seva competència (FD 2.2). Per això es considera necessari dur a terme la referida interpretació sistemàtica de l'art. 3 de la Llei 5/2019, en supòsits com el present en què la Generalitat no ha pogut tenir coneixement de l'existència del recurs per cap altra via.

En anteriors resolucions s'havia plantejat el mateix problema. Així, sense anar més lluny, en la controvertida Resolució de 25 de juliol de 2019[4], en el cas que també va donar lloc a la RDGRN de 29 d'agost de 2019[5]. En aquella ocasió, la DGDEJ va entendre que el termini d'un mes per a resoldre sobre la pròpia competència comptava des del moment en què el recurs hi tenia entrada, perquè d'altra manera la regla de l'art. 3.7 de la Llei 5/2009 seria inútil i "quedaria a l'arbitri d'una de les parts interessades enviar el recurs amb retard". Però s'afegia, a més, que: "Això no implica, *per descomptat*, que s'allargui o se suspengui el termini de tres mesos per a resoldre sobre el fons de la qüestió que tindrà per dia inicial el de presentació davant el Ministeri de Justícia" (FD 1.3, èmfasi afegit).

En canvi, en la Resolució objecte d'aquest comentari, el criteri és diferent: havent tingut entrada a la DGDEJ el recurs dos dies abans no acabés el termini per a resoldre, es considera que els tres mesos han de comptar des d'aquest moment, precisant, però, que això regeix per a casos en què el Ministeri s'inhibeix.

De fet, s'havia mantingut un criteri similar a la Resolució de 18 de juny de 2010[6], també partint de la necessitat de dur a terme una interpretació que es qualifica de sistemàtica, però que és més aviat correctora, de l'art. 3.7 de la Llei 5/2009. Llavors es va considerar que, malgrat que la norma estableix que els còmputs d'un mes per a resoldre sobre la pròpia competència i de tres mesos per a decidir sobre el fons semblin prendre com a referència la presentació del recurs al registre de la propietat (entenent per tal el registre que va emetre la qualificació negativa i ha de formar l'expedient: art. 3.2 Llei 5/2009), en realitat s'han de comptar des de l'entrada del recurs a la DGDEJ. L'entrada al registre competent per raó de la finca marcaria, en canvi, només l'inici dels terminis per a les comunicacions i trasllats (FD 2.2).

Contrasti's, però, aquesta doctrina amb el que recull el paràgraf novè de l'art. 327 de la Llei hipotecària. Certament, l'art. 3.1 de la Llei 5/2009 no hi remet, però és dubtós que no fos aquest el criteri que va inspirar també la redacció de l'art. 3.7. L'argument segons el qual el que ha d'entrar a la DGDEJ no és el recurs sinó l'expedient, que per definició requereix un temps, no sembla determinant, atès que el mateix succeeix quan resol la DGRN o la seva successora (que, per exemple, en la Resolució de 28 de novembre

[4] JUS/2185/2019, DOGC núm. 7934, de 7.8.2019; comentada a 4 *InDret* (2019).

[5] BOE núm. 261, de 30.10.2019.

[6] JUS/3919/2010, DOGC núm. 5772; comentada per MARSAL a 1 *InDret* (2011).

de 2013[7], qualificava el termini per a resoldre de peremptori, inexcusable i d'estricte compliment).

En qualsevol cas, sovintegen les mostres d'insatisfacció de la DGDEJ amb la regulació dels terminis, tant en supòsits com el que és objecte d'aquest comentari (on es produeix una disfunció relativa a la competència), com quan senzillament el registrador ha esperat a rebre les al·legacions dels interessats o a què s'escolés el termini per a formular-les per a remetre l'expedient a la DGDEJ. Així succeïa en l'esmentada Resolució de 18 de juny de 2010, en què l'expedient es va elevar a la DGDEJ més d'un mes després d'haver-se presentat al registre de la propietat, amb la qual cosa el còmput des d'aquesta data hauria significat que la DGDEJ estava fora de termini per a resoldre sobre la pròpia competència o, més recentment, en la Resolució de 30 de juliol de 2018[8].

A banda d'aquestes qüestions, a més, en la tramitació d'aquest recurs es va donar la circumstància que l'estat d'alarma va suspendre tots els terminis administratius fins l'1 de juny d'enguany. El recurs havia arribat a la DGDEJ el 10 de març; és a dir, tres dies abans de la declaració de l'estat d'alarma. I es va resoldre al cap de quatre dies de l'aixecament de la suspensió dels terminis.

1.4. El caràcter universal de l'usdefruit llegat i la presa de possessió per part del legatari

Pel que fa al fons de l'assumpte, la resolució sembla clara i coincideixen tant la recurrent, com el notari autoritzant, com la pròpia DGDEJ: el fet que s'excloguin determinats béns de l'usdefruit llegat no li resta el caràcter d'universal i, per tant, d'acord amb l'art. 427-22.4 del Codi civil, el legatari en pot prendre possessió[9].

En el cas objecte de la resolució, el causant havia exclòs de l'usdefruit els diners i altres actius financers (que llegava a la pròpia usufructuària universal) i dues places d'aparcament que llegava als fills del seu primer matrimoni. La DGDEJ destaca que el valor d'aquestes darreres era aproximadament del 7 % de l'actiu hereditari, de manera que no hi ha raons per sospitar que la usufructuària, en prendre possessió del pis, estigués cometent cap frau ni actuant contra la bona fe (FD 3.3).

La DGDEJ explica que la crida universal es caracteritza per abastar tots els béns que no se n'excloguin, tal i com permet el propi art. 427-34.2 del Codi. De fet, atès que el llegat d'usdefruit universal voluntari (a diferència del legal abintestat, art. 442-4) no s'estén a les llegítimes (art. 451-9, sens perjudici de la generalitzada *cautela socini*) i que el llegat realitzat a favor dels legitimaris implica atribució de la llegítima (art. 451-7.1), l'exclusió dels béns ve gairebé imposada per la llei, sense que això determini que l'usdefruit deixi de ser universal,

[7] BOE núm. 304, de 20.12.2013.

[8] JUS/1857/2018, DOGC núm. 7680, de 7.8.2018; comentada a 1 *InDret* (2019).

[9] La Sentència del TSJ de Catalunya de 25.1.1990 (RJ 1992\2573) entenia en el mateix sentit l'art. 222.III de la Compilació i es referia també a l'exigència d'escriptura pública de lliurament, per tal de protegir la posició de l'hereu, de manera que pugui comprovar si hi ha béns suficients per a pagar els llegats o si cal reduir-ne, tenint present la regulació de la quarta falcídia.

perquè d'altra manera no ho podria ser cap usdefruit llegat per persona que tingui legitimaris (FD 3.3).

Essent, per tant, el llegat d'usdefruit universal, la vídua en podia prendre possessió d'acord amb el ja citat art. 427-22.4.

Però, per si la conclusió no fos prou clara, la DGDEJ encara hi afegeix tres consideracions més. En primer lloc, que la interpretació del testament no fa pensar que el causant hagués volgut que els fills del primer matrimoni tinguessin cap control sobre el lliurament de l'usdefruit. En segon lloc, "el llegat d'usdefruit universal és un llegat d'eficàcia real (article 427-34-1), i per la mort del causant el legatari adquireix el seu dret (427-15.1) i si l'article 427-22.2 estableix que té acció per a exigir-ne el lliurament, és en relació amb els béns que no estiguin en possessió de la persona legatària en el moment de la defunció del causant" (FD 3.3). Sembla establert que el pis en qüestió era l'habitatge habitual del causant i de la seva vídua i que, per tant, aquesta ja en tenia la possessió[10]. Finalment, recorda que no ha estat mai clar quin és el fonament de l'obligació que el gravat hagi de lliurar els béns al legatari, si no és per a mantenir la pau social, que en aquest cas no es veuria alterada atès que la vídua ja posseïa el pis.

> En aquest sentit, el FD 3.4: "Com sempre, les normes cal interpretar-les d'acord amb llur finalitat i context. Com dèiem en la nostra Resolució JUS/1920/2006, de 18 d'abril[11], la raó de ser de l'exigència del lliurament de la possessió al legatari per part de l'hereu del llegat de cosa específica i determinada del testador mai no ha estat clara a Catalunya. S'ha volgut explicar com a garantia de l'hereu que té la possibilitat de demanar la reducció de llegats per raó de la quarta falcídia o dels legitimaris, que poden demanar-la per inoficiositat[12]. Aquesta interpretació no té en compte, però, que els articles 427-45.2 i 451-22.4 faculten el legatari afectat per la reducció a evitar-la abonant a l'hereu o al legitimari, en diners, l'import de la reducció i que, en tot cas, de conformitat amb l'article 427-15.1 el legatari adquireix la propietat de la cosa llegada en el mateix moment de la delació. Per tant, l'únic sentit pràctic de l'exigència de l'entrega de la cosa llegada per part de l'hereu és el de preservar la pau social protegint la possessió física de la cosa llegada i evitant que el legatari actuï unilateralment, sobretot quan es tracti de béns mobles. En el cas present, la possessió de la finca [...] la tenia la vídua usufructuària i, per tant, no es donava aquesta raó. Finalment, és bo de subratllar que, tal com dèiem en la nostra Resolució JUS/006/2018, de 8 de gener[13], la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart, ha augmentat el nombre de supòsits en els quals és possible la pressa de possessió per part del legatari de tots els prellegats (427-22.4), i ha incrementat el nombre de persones que en poden fer el lliurament (411-9.4), tot amb la finalitat de facilitar el compliment de la voluntat del causant."

[10] Tot i que l'excepció no es preveu expressament, ja per al dret anterior al Codi Civil es va interpretar que en els llegats d'eficàcia real, si el legatari ja tenia la possessió del bé, no esqueia reclamar-lo al gravat (que per tal de complir hauria hagut de recuperar primer la possessió), sens perjudici de les reclamacions que aquest darrer pogués iniciar per a la reducció o reintegració dels llegats excessius. Així, Sentència del TSJ de Catalunya de 31.1.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:3). En aquest sentit, ALBIOL (1994) 960-961.

[11] DOGC núm. 4655, de 15.6.2006; comentada per MARSAL a 3 *InDret* (2007).]

[12] Així com també pel fet que primer s'ha de pagar els creditors; MIRAMBELL (2009) 813. Mencionant tots tres criteris (possible reducció per inoficiositat o per al pagament de la falcídia i per a fer front als deutes de l'herència), vegeu la Sentència del TSJ de Catalunya de 31.1.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:3).

[13] DOGC núm. 7536, de 16.1.2018; comentada a 2 *InDret* (2018).

2. Resolució d'11 de juny de 2020 (JUS/1367/2020; DOGC núm. 8158, de 19.6.2020). Compravenda de (gairebé) tot l'immoble i drets de tanteig i retracte de l'Administració: dret aplicable i doctrina per a casos subjectes a la normativa vigent

2.1. Introducció

El 22 de novembre de 2019 (en aquest cas, la data és especialment rellevant) una entitat patrimonial va vendre a una societat sis habitatges i un local integrats en el mateix edifici. Es va manifestar que el local estava lliure d'arrendataris i que els habitatges, en canvi, estaven llogats, però que, en tractar-se de la transmissió de tots els habitatges pertanyents al venedor en l'edifici, els llogaters no tenien dret d'adquisició preferent.

La registradora va qualificar negativament l'escriptura, adduint que l'Administració competent tenia dret de tanteig i retracte d'acord amb els art. 25.7 de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans, i 173 i 174 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme, en la redacció que en fa el Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge.

La part compradora recorre la qualificació, argumentant, bàsicament, que el dia que es va atorgar l'escriptura de compravenda i es va presentar al registre per a la seva inscripció, no hi havia cap dret de tanteig o de retracte establert per la normativa en vigor a favor de l'Administració. El Decret llei 17/2019 no va entrar en vigor fins el 31 de desembre. El Decret llei 5/2019, de 5 de març, no es va convalidar, segons es constata en l'acord de la Mesa del Parlament de Catalunya, en sessió de 25 d'abril de 2019[14]. També el notari en les seves al·legacions recull aquests dos arguments. D'altra banda, la compradora entén que l'art. 25.7 de la Llei 29/1994 no atorga cap dret directament, sinó que habilita la legislació d'habitatge per establir-ne. Afegeix que, encara que els atorgués, no serien aplicables, perquè no es va vendre tot l'edifici, sinó només la major part (s'excloïen dues places d'aparcament)[15]. També considera que, atès que l'art. 174.3 de la Llei d'urbanisme estableix el termini de tres mesos per exercir el retracte si la transmissió projectada no s'ha comunicat amb anterioritat, cal entendre que la manca de notificació no és obstacle per a la inscripció.

La registradora, en el seu informe, va ratificar la qualificació negativa, entenent en essència que, malgrat pogués no haver-hi una norma vigent que atorgués el dret d'adquisició a la Generalitat, a Catalunya s'havien dictat diverses disposicions amb l'objectiu d'incrementar el parc d'habitatge de titularitat pública i que l'art. 25.7 de la Llei d'arrendaments urbans havia de considerar-se aplicable com a supletori, per tal d'omplir una llacuna del dret català en aquest punt.

2.2. La voluntat d'incrementar el parc d'habitatge públic i les restriccions del dret de propietat en forma de drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració

[14] DOGC núm. 7870, de 8.5.2019.

[15] Convé precisar que aquesta circumstància hauria exclòs els drets d'adquisició preferent dels arrendataris si els habitatges transmesos eren tots els que pertanyien al mateix arrendador en l'immoble de referència, però aquesta qüestió no és objecte de recurs.

Després de fer un repàs a la motivació i recordar quin va ser el període de vigència del Decret llei 5/2019 (FD 1.1 a 1.3), la DGDEJ conclou, encertadament, que a partir del moment en què aquest text normatiu va caducar, a Catalunya no hi havia cap norma que establís els drets de tanteig i retracte a favor de la Generalitat en els casos a què fa referència l'art. 25.7 de la Llei d'arrendaments urbans, atès que aquesta darrera norma no atorgava drets en aquest sentit, sinó que deixava a criteri de la legislació d'habitatge, de competència autonòmica, la decisió d'establir-los o no (FD 1.4). Continua afirmant la DGDEJ que:

> "[P]er molt que els principis generals del dret, favorables a una interpretació a favor de mesures socials, continuessin vigents en aquell moment, la força d'aquests principis generals no pot fer perviure en el temps un concret dret subjectiu, que seria correlatiu a una obligació de notificació per a fer-ne possible l'exercici, dret i obligació que només poden néixer a través d'un acte legislatiu positiu que en determini de forma clara l'existència i l'abast. Així ho imposa també l'article 545-2 del Codi civil de Catalunya, que fa referència a les restriccions del dret de propietat d'interès públic, segons el qual les restriccions que estableix la llei sobre l'habitatge tenen la consideració de límits ordinaris del dret de propietat d'interès públic, entre els quals hem de considerar inclosos aquest dret de tanteig i retracte legals a favor de la Generalitat de Catalunya, els quals han d'estar expressament establerts per la legislació."

En conclusió, doncs, les limitacions al dret de propietat, encara que siguin d'interès públic, no es poden deduir ni tan sols de voluntats legislatives constatables si no s'han traduït en dret positiu vigent en el moment rellevant.

I el moment a tenir en compte, tal i com sosté la DGDEJ al fonament de dret segon, és el de la compravenda presentada per a la seva inscripció.

En aquest sentit, es recorda que el dia de l'atorgament de l'escriptura de compravenda (el 22 de novembre de 2019), el Decret llei 5/2019 havia quedat sense efecte (des del 18 d'abril del mateix any) i que, quan això succeeix, s'entén que recobra vigència el text legislatiu que el Decret llei havia modificat (FD 2.1).

Segurament arran de la inusual freqüència amb què, els darrers anys, tant el govern estatal com l'autonòmic han fet ús d'aquest instrument normatiu, s'han produït supòsits que han obligat a plantejar quins són els efectes de la manca de convalidació d'un Decret llei, situació que havia estat molt infreqüent amb anterioritat a la pràctica en l'àmbit civil. El supòsit que més controvèrsia va generar va ser el del Reial Decret llei 21/2018, de 14 de desembre, de modificació de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans. Tot i que va generar opinions diverses al respecte en un primer moment, podem concloure que el consens general és entendre que va regir només des de la seva entrada en vigor i fins el dia en què va ser "derogat" pel Congrés[16] i que, a partir de llavors, i fins a l'entrada en vigor del Reial Decret llei 7/2019, d'1 de març de 2019[17], va recobrar la seva vigència el text de la Llei 29/1994, que corresponia a la redacció que li va donar la Llei 4/2013, de 4 de juny[18]. El mateix criteri aplica la DGDEJ en el supòsit que ens ocupa.

---

[16] Resolució de 22 de gener de 2019, BOE núm. 21, de 24.1.2019.

[17] BOE núm. 55, de 5.3.2019.

[18] BOE núm. 134, de 5.6.2013.

Així, atès que l'art. 158 de la Llei d'urbanisme anterior al Decret llei 5/2019 només preveia que el planejament urbanístic general establís reserves de terrenys de possible adquisició i no atorgava cap dret de tanteig a favor de l'Administració per a augmentar el parc d'habitatges, en atorgar-se l'escriptura de compravenda de què es tracta aquest darrer no existia (FD 2.1).

El fet que s'aprovés el Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, que va modificar la referida Llei d'urbanisme per tal d'incloure aquest dret d'adquisició preferent a favor de l'Administració, en haver-se aprovat, haver entrat en vigor[19] i haver estat validat pel Ple del Parlament de Catalunya[20] amb posterioritat a l'atorgament de l'escriptura de compravenda, no afecta la normativa aplicable en aquell moment. Aquesta conclusió no es veu alterada pel fet que la qualificació registral fos posterior a l'entrada en vigor del Decret llei 17/2019 (FD 2.3). Tot això, malgrat que la voluntat política d'introduir aquests drets resultés clara. Així, la DGDEJ constata que:

> "Sí que es pot intuir, com argumenta la registradora de la propietat en el seu informe, que hi havia una voluntat del legislador català d'incrementar el patrimoni públic d'habitatges. Fins i tot es pot arribar a la conclusió que el principi general que informava tant el derogat Decret llei 5/2019 com el Decret llei 17/2019, avui vigent, era idèntic: donar al dret de tanteig una finalitat social per a fer efectiu el dret a l'habitatge, en un moment d'especial manca de parc públic d'habitatges; i fins i tot, que aquest principi rector de la política legislativa no havia canviat en el breu període de temps que va des del 18 d'abril de 2019 fins al 23 de desembre de 2019. Però la resolució dels casos dubtosos exigeix l'aplicació del dret positiu vigent en el moment que neix el negoci jurídic, i aquest moment era el de l'atorgament de l'escriptura de compravenda, no el de la qualificació registral" (FD 2.3).

D'això se'n deriva que la qualificació es revoca i es permet, per tant, la inscripció.

2.3. Doctrina per a supòsits subjectes a la nova redacció dels art. 173 i 174 de la Llei d'urbanisme

Tot i que no és necessari per a la resolució del recurs, encertadament, la DGDEJ aprofita per avançar la seva doctrina quant a dues qüestions mencionades al recurs i que s'haurien resolt d'altra manera a l'empara de la legislació actualment en vigor.

En primer lloc, en el recurs s'afirmava que, encara que hi hagués dret de tanteig a favor de l'Administració, tampoc seria aplicable perquè la compravenda no afectava la totalitat de l'immoble, atès que amb anterioritat s'havien venut algunes entitats (en concret, dues places d'aparcament). La DGDEJ entén que, si hagués estat vigent l'art. 173 de la Llei d'urbanisme en la redacció que li va donar el Decret llei 19/2019, el supòsit analitzat hauria donat lloc als drets d'adquisició preferent, perquè la venedora alienava la totalitat de les finques que conservava en l'immoble dividit en propietat horitzontal (FD 2.4). Per tant, la DGDEJ interpreta l'art. 173.1, lletra b, de la Llei d'urbanisme, que no és tan explícit al respecte, d'acord amb el que estableix l'art. 25.7 de la Llei 29/1994, d'arrendaments urbans, al qual el primer remet (FD 2.4).

Així, tot i que la DGDEJ afirma que el cas que s'analitza "és exactament el supòsit de fet que regula el vigent article 173 de la Llei d'urbanisme", l'art. 173.1 de la Llei d'urbanisme, en la redacció que li va donar el Decret llei 5/2019, establia que el dret de tanteig de l'Administració neix en les transmissions oneroses de: (b) " Els habitatges arrendats quan, d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans, es transmetin conjuntament amb la resta d'habitatges o

[19] DOGC núm. 8032, de 30.12.2019.

[20] Resolució 732/XII, de 5.2.2020, DOGC núm. 8062, de 12.2.2020.

locals que formin part del mateix immoble.". La Llei 5/2020, del 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient[21], va modificar aquest article per tal d'afegir una excepció, consistent en excloure "les transmissions entre les societats d'un mateix grup empresarial que tinguin el mateix objecte social o exerceixin una activitat immobiliària similar". Però és l'art. 25.7 de la Llei 29/1994, d'arrendaments urbans, el que fa referència als casos en què l'arrendador vengui tots els elements privatius dels quals sigui titular en el mateix immoble (encara que no es tracti de la totalitat dels elements que l'integren):

> "No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble. En tales casos, la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del órgano que designe la Administración competente en materia de vivienda, resultando de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a los efectos de la notificación y del ejercicio de tales derechos".

Tot i això, cal tenir en compte que la referència a "la totalidad del inmueble" en la norma estatal transcrita també pot generar confusió i, per tant, hauria estat convenient que el legislador català hagués estat més específic al respecte per tal d'incloure el supòsit aquí contemplat.

En segon lloc, en el recurs s'havia al·legat que en preveure l'art. 174.3 de la Llei d'urbanisme que el termini per al retracte, cas que no s'hagin complert les obligacions de comunicació, pugui comptar des de la inscripció de la transmissió al registre de la Propietat, demostraria que es pot procedir igualment a practicar l'assentament encara que no s'hagi dut a terme la referida comunicació. La DGDEJ entén que això no exclou que la registradora hagi de controlar la comunicació i ho justifica tant en virtut de l'art. 174.4 de la Llei d'urbanisme, quan remet a la legislació d'arrendaments urbans pel que fa a la comunicació i l'exercici dels drets de tanteig i retracte, com també en l'aplicació de l'art. 25.5 de la Llei 29/1994, "que estableix que per a inscriure al registre de la propietat els títols de venda d'habitatges i locals propietat de l'arrendador que formin part d'un mateix immoble, ha de justificar-se que s'ha fet la notificació al titular del dret de tanteig, és a dir, a l'Administració de la Generalitat de Catalunya, amb els requisits que imposa la llei" (FD 2.4).

A això s'hi pot afegir el que disposa 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[22], que estableix quins requisits de notificació s'han de complir a fi que sigui possible practicar l'assentament sol·licitat en tots els casos en què hi hagi restriccions a la lliure transmissibilitat dels béns.[23]

---

[21] DOGC núm. 8124, de 30.4.2020.

[22] BOE núm. 185, de 23.7.1997.

[23] Pel que fa a la pluralitat de drets d'adquisició establerts durant els darrers anys a favor de l'Administració, pot veure's el comentari a la Resolució DGDEJ de 12.3.2020 (JUS/743/2020; DOGC núm. 8090, de 20.3.2020), a *InDret* 2/2020 (apartat 2.3).

3. Bibliografia citada

Pedro ALBIOL MARÉS (1994), "Comentarios a los artículos 252 a 283 del Código de Sucesiones", a: Lluís JOU I MIRABENT (Coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre,* Bercelona: Bosch, vol. II, p. 892-990.

Miriam ANDERSON (2019), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques", 2 *InDret* (2018), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1383.pdf; 1 *InDret* (2019), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2019/04/1439.pdf; 4 *InDret* (2019), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1494.pdf; 2 *InDret* (2020), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1540.pdf

Joan MARSAL GUILLAMET (2010), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques", 3 *InDret* (2007), disponible a: http://www.indret.com/pdf/456_cat.pdf; 1 *InDret* (2011), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/798_cat.pdf

Antoni MIRAMBELL ABANCÓ (2009), "Comentari als articles 427-1 a 427-23", a: J. EGEA I FERNÁNDEZ; J. FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona: Atelier, 2009, vol. I, p. 746-818.

InDret
3.2020

Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios

Notas al Estudio de la US Copyright Office sobre la sección 512 DMCA

Antoni Rubí Puig
Universitat Pompeu Fabra
antoni.rubi-puig@upf.edu

Pol Solsona Vilarrasa
Universitat Pompeu Fabra
posovi99@hotmail.com
-

1. Hacia un replanteamiento de las reglas de responsabilidad de los intermediarios en línea

La identificación del círculo de responsables por daños derivados de contenidos ilícitos alojados en internet o que circulan por él, así como la definición de sus deberes de compensación, son cuestiones jurídicas que han acompañado al desarrollo e implantación social de la red y que siguen estimulando las discusiones acerca del rol de los intermediarios en línea.

Los primeros debates sobre estas cuestiones resultaron en la adopción hace dos décadas de reglas tanto en EEUU como en la UE que blindaron –en todo caso o bajo ciertas condiciones- a los proveedores de la infraestructura de la red frente a reclamaciones de responsabilidad civil por actos realizados por usuarios (reglas de puerto seguro)[1]. Desde el inicio, la aplicación de estas reglas comportó que las contingencias de responsabilidad civil fueran en la práctica casi residuales: para determinados contenidos los prestadores de servicios en línea no responderían nunca; para otros, solo lo harían si tras haber sido requeridos no actuaren diligentemente para eliminar o bloquear el contenido en cuestión. En aplicación de este sistema, el remedio indemnizatorio ha quedado pues orillado y la tutela de los diferentes derechos afectados online se ha articulado sobre todo a partir de remedios de conducta orientados a la retirada o supresión de los contenidos ilícitos.

El funcionamiento de dichas reglas de puerto seguro, concebidas como un subsidio público al desarrollo y expansión de internet, ha sido sometido a varias fuerzas y resistencias en los últimos veinte años: tecnología, mercado y derecho han ido afectando a su eficacia y poniendo

[1] Nos referimos en Europa a los artículos 12 a 15 de la 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 (DO L 178 de 17.7.2000); y a las normas nacionales que los transpusieron en los diferentes EEMM; y en EE.UU, a las normas codificadas en 47 U.S.C. § 230 (aprobada en 1996 por medio de la *Communications Decency Act*) y en 17 U.S.C. §§ 512 (aprobada en 1998 por medio de la *Digital Millennium Copyright Act*).

a prueba su idoneidad para la infraestructura actual de la red. Excede del objeto de esta Nota un análisis completo de los diferentes factores jurídicos y extrajurídicos que han ido delimitando el régimen legal de los intermediarios en línea y, por ello, un panorama general debería bastar a los efectos de señalar los términos entre los cuales se desarrolla hoy por hoy la discusión[2].

El estado de la tecnología actual es muy diferente al disponible en el momento de promulgar las reglas referidas. Así, desarrollos como las redes sociales, las plataformas de puesta a disposición de contenidos en línea o la prestación de servicios de *cloud computing* han comportado un incremento exponencial de contenidos albergados en línea y con ello un aumento de supuestos de ilicitud en términos absolutos. Por otra parte, la tecnología actualmente a disposición de los proveedores de servicios para rastrear los contenidos y de los titulares de derechos para su tutela ha permitido abaratar mucho los costes de transacción asociados a la detección y control de contenidos ilícitos.

El mercado también ha propiciado algunas soluciones institucionales para prevenir y controlar la puesta a disposición en línea de contenidos ilícitos. Mecanismos de colaboración entre titulares de plataformas y titulares de derechos afectados que permiten a estos últimos decidir la retirada de un determinado contenido infractor o su rentabilización, iniciativas de autorregulación sectorial o el establecimiento de auditorías y comités de seguimiento externos de algunas redes sociales constituyen algunos ejemplos de ello.

Por último, varios desarrollos jurídicos han incidido en la aplicación de las reglas de responsabilidad de los prestadores de servicios en línea. Así, por ejemplo, varios asuntos –especialmente en materia de propiedad intelectual y, en la UE, también sobre difamación- han examinado el grado de pasividad en la prestación de servicios requerido para exonerarse de responder[3], han perfilado los deberes de diligencia exigibles a los prestadores de servicios en línea después de recibir un requerimiento[4], o han abordado las implicaciones de los derechos fundamentales[5]. Otros casos pendientes ante el TJUE han de pronunciarse sobre la calificación jurídica de los actos de facilitación de acceso a contenidos subidos por usuarios en plataformas como YouTube[6]. También, desde el punto de vista del derecho, se han promulgado algunas normas sectoriales que prevén regímenes de responsabilidad diversos para los prestadores de servicios en línea en ámbitos específicos. A los efectos de esta Nota, nos interesa destacar el

---

[2] Remitimos al lector interesado en una discusión completa del estado de la cuestión al tratado editado por Giancarlo FROSIO y publicado hace unos meses: Giancarlo FROSIO (Ed.), *Oxford Handbook of Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020. Para el ámbito de los derechos de autor, destacamos dos monografías publicadas en los últimos años que enfocan la cuestión a partir del derecho de la UE: Christina ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Wolters Kluwer, 2017; y Martin HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable, but not Liable?,* Cambridge University Press, 2017. Para un trabajo reciente en español, nos remitimos a Esther ARROYO AMAYUELAS, "La responsabilidad de los intermediarios en internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro?", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 808-837.

[3] SSTJUE de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL v. Louis Vuitton y otros*; de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Óreal v. eBay*; y de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, *Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd y otros*.

[4] STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*.

[5] Véanse, entre otras, SSTJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *SABAM v. Netlog*; y de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel v. Constantin Film*.

[6] Véanse las Conclusiones de 16 de julio de 2020 del Abogado General Saugmandsgaard Øe sobre los asuntos acumulados C-682/18 (*YouTube*) y C-683/18 (*Cyando*).

artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital, que establece una regla de puerto seguro menos generosa que la actual para determinados prestadores en supuestos de infracciones de derechos de propiedad intelectual[7]. Finalmente, podemos referirnos a los trabajos y debates en marcha acerca de la futura *Digital Services Act* de la UE y las varias posiciones que abogan por una reforma de las reglas de puerto seguro establecidas en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico[8].

Las interacciones entre estas tres fuerzas –tecnología, mercado y derecho- han alentado en los últimos años los debates acerca de la responsabilidad de los intermediarios en línea y han servido para abogar por replanteamientos más o menos amplios de sus reglas. El último de los episodios en la discusión que parte de este enfoque es un estudio publicado el pasado 21 de mayo de 2020 por la *United States Copyright Office*[9].

Se trata del primer estudio elaborado por un organismo público de la administración estadounidense que examina cómo han venido funcionando las reglas codificadas en la sección 512 del título 17 del U.S. Code (en adelante, "sección 512 DMCA"), que, bajo ciertas circunstancias y condiciones, permiten a diferentes prestadores de servicios en línea exonerarse de responder civilmente por infracciones de derechos de autor cometidas por sus usuarios[10].

El Estudio tiene interés más allá de las fronteras de la jurisdicción federal norteamericana y algunas de sus observaciones y propuestas pueden trasladarse a los debates europeos sobre la regulación de la responsabilidad de prestadores de servicios de internet y posibles reformas de las reglas contenidas en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. En los apartados siguientes, nos referimos a las conclusiones principales del Estudio y reseñamos algunas de las modificaciones legislativas que en él se proponen.

2. Dimensión del Estudio y conclusiones principales

La US Copyright Office ofrece en las casi doscientas páginas que integran el Estudio un análisis monográfico de la sección 512 DMCA. El foco es así preciso y, por tanto, no estamos ante un informe que abarque todas las fuentes legales y jurisprudenciales de responsabilidad por infracción de derechos de autor en el ordenamiento federal norteamericano. Por supuesto, tales fuentes como las doctrinas sobre responsabilidad secundaria e infracción contributiva se comentan en el Estudio pero de un modo accesorio a su objeto principal.

El Estudio se estructura en siete partes. Después de una breve primera parte introductoria, la segunda parte refiere la historia legislativa de la sección 512 DMCA y la descripción de sus

[7] Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DO *L 130, 17.5.2019).*

[8] El pasado mes de junio la Comisión inició una consulta pública sobre la modernización de las reglas sobre servicios digitales, que estará abierta hasta el 8 de septiembre. Véase https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package (última visita: 20.7.2020).

[9] El estudio titulado "Section 512 of Title 17. A Report of the Register of Copyrights" (en adelante, el "Estudio") está disponible en https://www.copyright.gov/policy/section512/ (última visita: 20.7.2020).

[10] 17 U.S.C. §§ 512 (aprobado en 1998 por medio de la Digital Millennium Copyright Act). Disponible en https://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512 (última visita: 20.7.2020).

reglas. La tercera parte se ocupa de describir los cambios tecnológicos, económicos y sociales ocurridos desde 1998 y sus efectos en la aplicación práctica de la sección 512 DMCA. Una cuarta parte ofrece un examen de reglas utilizadas en otros ordenamientos –entre otros, el derecho de la UE- para delimitar el círculo de responsables por infracciones de derechos de autor ocurridas online. A continuación, las partes quinta y sexta proporcionan el contenido más sustancioso del Estudio: la identificación de una serie de principios generales que habrían de informar cualquier reforma legislativa en esta materia y la descripción pormenorizada de varias propuestas de reforma de la sección 512 DMCA. Finalmente, la séptima parte presenta las conclusiones principales del informe.

Los trabajos que llevaron al Estudio se iniciaron en 2015 y forman parte de un conjunto de informes elaborados por la Copyright Office con el objetivo de asistir al Congreso en la modernización de la legislación federal sobre propiedad intelectual. En la elaboración del Estudio se incluyeron dos consultas públicas, que resultaron en más de 90.000 contribuciones por escrito, y varios estudios cuantitativos y cualitativos, así como diversas mesas de debate.

El Estudio llega a la conclusión de que los desarrollos tecnológicos, económicos y sociales han trastocado el equilibrio de intereses que el legislador de 1998 tuvo en consideración. Estos habrían reforzado la posición de los prestadores de servicios online en detrimento de los titulares de derechos de autor por lo que la Copyright Office sugiere algunos ajustes legales al régimen para alcanzar un nuevo equilibrio entre ambas categorías de sujetos. Algunas veces muy autorizadas han criticado ya al Estudio por proporcionar una imagen muy simplista de este equilibrio de intereses y, sobre todo, por ignorar los de los usuarios de los servicios prestados en línea[11].

Para llevar a cabo cualquier reforma legislativa sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por infracciones de derechos de autor, la Copyright Office identifica cinco principios-guía:

(i) La protección de los derechos de autor en internet debe ser adecuada y efectiva, de modo que los titulares de derechos puedan tutelarlos de un modo apropiado cuando se infrinjan.

(ii) Los intermediarios en línea que actúan con arreglo a la buena fe deben poder beneficiarse de un entorno con seguridad jurídica para seguir innovando.

(iii) La cooperación voluntaria entre prestadores de servicios en línea y titulares de derechos alentada por las reglas actuales no puede ser la única respuesta, por lo que la intervención legal resulta necesaria para restablecer el equilibrio de intereses.

(iv) Siempre que sea posible, la adopción de reformas legislativas debería basarse en evidencia empírica, mas buena parte de los datos sobre el funcionamiento práctico del sistema no están a disposición de los encargados de proponer tales reformas.

[11] Pamela SAMUELSON, "Pushing Back on Stricter Copyright ISP Liability Rules", *Michigan Technology Law Review* (2020) (en prensa) (disponble en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3630700).

(v) La política legislativa sobre internet en la actualidad no puede ser un patrón único e igual para todos (*one size fits all*), sino que deben abordarse reglas específicas para diferentes tipos de sujetos implicados.

Tales principios habrían de guiar, según la Copyright Office, cualquier intervención legislativa de reforma de la sección 512 DMCA y, en particular, informar las propuestas de ajuste incluidas en el Estudio y que discutimos en el apartado siguiente.

3. Propuestas para una intervención legislativa de reforma de la sección 512 DMCA

3.1. Prestadores de servicios en línea afectados

(a) General

Según el Estudio la regulación originaria de los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de la sección 512 DMCA pretendida por el Congreso era flexible y abierta, lo que ha permitido una interpretación extensiva por parte de los tribunales, pero acaso excesiva.

La sección 512 DMCA establece cuatro reglas de puerto seguro diferentes en función de la tipología de servicios prestados en línea[12]. Siguen a ello dos consecuencias: primero, las reglas de puerto seguro solo alcanzan a determinados o*nline service providers* (OSPs) que realizan unas actividades en línea determinadas[13]; y segundo, las diferentes clases de OSPs se sujetan a requisitos diversos.

(b) Servicios de transmisión en redes de comunicación (sección 512(a) DMCA)

El Estudio examina, en primer lugar, la regla de puerto seguro en relación con la potencial responsabilidad por infracción de derechos de autor cuando un OSP transmita, encamine, o provea conexiones para contenidos por medio de un sistema o red controlada u operada por él, o por razón del almacenamiento intermedio y transitorio de dichos contenidos en el decurso de dicha transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones. La regla afecta, por ejemplo, a proveedores que suministran conexión a internet.

Según la Copyright Office, los tribunales han ampliado excesivamente el ámbito de aplicación de esta regla más allá de los fines perseguidos por el Congreso en el momento de su promulgación. En este sentido, según el Estudio, el Congreso pretendía blindar a los encargados de proveer infraestructuras y hardware por los cuales podía circular incidentalmente el contenido infractor; mas los tribunales han recurrido a esta regla de puerto

[12] Se trata de los siguientes servicios: "Transitory Digital Network Communications" (Section 512(a)); "System Caching" (Section 512(b)); "Information residing on systems or networks at direction of users" (Section 512(c)); y "Information location tools" (Section 512(d)).

[13] De forma general, para que un OSP pueda exonerarse de responder, deberán concurrir dos requisitos: 1) que el OSP cumpla con la definición de "service provider" establecida en la sección 512(k), y que la actividad prestada pueda encajar en uno de los cuatro apartados (a-d) de la sección; y 2) que el OSP cumpla con sus deberes respectivos, en particular, la adopción de las medidas técnicas necesarias y la implementación razonable de la política para infractores reincidentes.

seguro para amparar, por ejemplo, a redes de intercambio de archivos P2P, tanto aquellas que utilizan directamente su sistema como aquellas que proporcionan únicamente las conexiones para que sus usuarios realicen los intercambios (asunto *Aimster*[14]). También apunta el Estudio a las dudas que plantea la extensión de esta regla de puerto seguro a los procesadores de pago y a la necesidad de que futuros servicios prestados online deban quedar también cubiertos por ella.

(c) Servicios de memoria caché (sección 512(b) DMCA)

El Estudio se refiere a continuación a los OSPs que de forma temporal y transitoria almacenan en sus sistemas o redes contenidos infractores transmitidos por internet por un tercero a otro. El informe destaca que esta regla de puerto seguro ha recibido mucha menos atención judicial que las demás.

Los problemas se han centrado en la delimitación del carácter "temporal" del almacenamiento de los contenidos, acaso el factor crucial en la aplicación de este precepto. Uno de los ejemplos destacados fue el asunto *Field v. Google Inc.*[15], en el cual el tribunal resolvió que un almacenamiento de 14 a 20 días era "temporary" y quedaba amparado bajo la sección 512(b). El Estudio señala que el carácter temporal del almacenamiento dependerá en esencia del contexto tecnológico de cada supuesto; esto es, aquello que era "temporary" para las capacidades tecnológicas y necesidades de 1998 ya no lo es en la actualidad, de la misma manera que tampoco se puede definir igual en relación con servicios prestados por una compañía o por los ofrecidos por un OSP no profesional. El Estudio aboga por clarificar este elemento y tener en cuenta los factores específicos de cada supuesto, entre otros, el contenido en cuestión y la naturaleza del servicio.

(d) Servicios de alojamiento de datos (sección 512(c) DMCA)

La regla de puerto seguro que permite a un OSP exonerarse de responder por los contenidos infractores que almacena en sus sistemas o redes siguiendo directrices de un usuario constituye, tal como señala el Estudio, el aspecto más controvertido y que ha sido objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial.

La cuestión principal discutida en el Estudio es la interpretación de la expresión *"by reason of the storage"*. Según la Copyright Office, la interpretación desarrollada por los tribunales habría ampliado su alcance para cubrir actividades y servicios relacionados (*"related to"*) o conexos con el almacenamiento, de una manera que el Congreso no había previsto.

Así, a partir del asunto *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* ("Veoh I")[16], los tribunales han venido construyendo una doctrina de "related-services", según la cual tanto el sentido literal del precepto como la intención inicial del Congreso permiten interpretar que la regla de puerto seguro cubre no solamente un mero almacenamiento neutral sino que incluye también algunos actos adicionales de reproducción y transformación realizados por los usuarios. Por ejemplo, en asuntos como *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, se han amparado por esta vía actividades como el "transcoding" (la posibilidad de realizar copias de vídeos en un

[14] *Re Aimster Copyright Litig*., 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).
[15] *Field v. Google, Inc*., 412 F. Supp. 2d 1106, 1124 (D. Nev. 2006).
[16] *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc*., 620 F. Supp. 2d 1081, 1089 (C.D. Cal. 2008) ("Veoh I").

esquema de codificación distinto en plataformas de alojamiento de contenidos audiovisuales); o el "playback" (la entrega de vídeos a la caché del navegador del usuario bajo demanda)[17].

Para la Copyright Office, la extensión de la regla de puerto seguro a actividades y servicios relacionados con el almacenamiento es excesiva: incluso en el caso de que la intención del Congreso hubiese sido ampliar el alcance de la regla para cubrir servicios conexos, ello no permitiría una extensión tan amplia que incluyera la prestación de servicios adicionales al acceso tales como la selección, promoción y recomendación de videos determinados o la transformación de contenidos[18].

Por ello, el Estudio concluye que la expresión "by reason of the storage" empleada en la sección 512 DMCA no puede equivaler a "services related to the storage" y exonerar de responder a OSPs por la realización de actividades o la prestación de servicios relacionados o conexos. En consecuencia, propone que el legislador aclare el alcance de la expresión para así dotar de mayor seguridad jurídica a los tribunales en la aplicación de la norma a nuevos desarrollos técnicos.

(e) Herramientas de búsqueda de información (sección 512(d) DMCA)

La sección 512(d) DMCA establece una última regla de puerto seguro para OSPs que, por medio de herramientas de búsqueda de información, ofrezcan vínculos o remitan a sus usuarios a sitios en línea que incluyan contenido o actividades infractores de derechos de autor.

El Estudio destaca que, al igual que los servicios de memoria caché, los de búsqueda han recibido también poca atención judicial. La interpretación dominante ha incluido en su ámbito de aplicación no solo a servicios web tradicionales, como los motores de búsqueda, sino también servicios que permiten a los usuarios interactuar y acceder a contenidos que corresponden a sus gustos mutuos disponibles en la web de dicho servicio (*social bookmarking service*). También se han incluido en su ámbito de aplicación sitios web de archivos Torrent, aunque en estos casos, destaca el Estudio, sus operadores no podrían exonerarse de responder al no actuar después de tener conocimiento de circunstancias suficientes que permitían inferir que sus servicios se utilizaban para infringir derechos de propiedad intelectual.

---

[17] *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010). En el caso en cuestión, el demandado Youtube realizaba tres tipos de operaciones: el "transcoding", el "playback" y los "related videos", y alegó que se realizaban por razón del almacenamiento ("by reason of the storage"). El Tribunal le dio la razón y argumentó que estas eran funciones automatizadas y que, si no se pudieran acoger al "safe harbor", se estaría vaciando de contenido a la protección establecida en la sección 512(c) DMCA. No obstante, para justificar la protección de los "related videos" se realizó una justificación más compleja: "*In short, the Second Circuit held that the related videos feature falls under the section 512(c) safe harbor because it is automated, responsive to user inputs, and helps users locate and access user-stored videos; thus, it "'is closely related to, and follows from, the storage itself,' and is 'narrowly directed toward providing access to material stored at the direction of users*."

[18] Según el Estudio, *"[...] the algorithm used by YouTube to identify "related" clips has the ultimate effect of promoting specific content to a given user. By mechanizing a function that in the early days of the internet would have been done by the OSP's employees (much as early search engines were created by hand, rather than the use of web crawlers), YouTube's software—and similar content-curating and promoting software on other platforms—may go beyond what Congress intended when it sought to protect an OSP from liability for "storage at the direction of a user of [potentially infringing] material"*.

3.2. Grados de conocimiento exigido: conocimiento efectivo y conocimiento aparente

Las reglas de puerto seguro para prestadores de servicios de alojamiento y de herramientas de búsqueda de información condicionan la exención de responsabilidad a la actuación diligente y sin demora (*expeditiously*) de un OSP para eliminar o deshabilitar el acceso a un contenido infractor después de conocer efectivamente que un contenido o una actividad que se beneficia de su servicio son infractores o después de estar al caso de hechos o circunstancias a partir de las cuales inferir una actividad infractora. Esto es, las reglas de puerto seguro refieren dos formas de conocimiento: conocimiento efectivo (*actual knowledge*) y conocimiento aparente o presunto (*red flag knowledge*).

El Estudio destaca que la intención del Congreso no fue imponer una obligación general de supervisión para controlar si se sucedían infracciones, sino imponer un deber de actuación a los OSPs después de adquirir conocimiento efectivo o aparente. Señala, asimismo, que buena parte de la litigación de los últimos veinte años se ha centrado en delimitar los requisitos de las diferentes formas de conocimiento previstas en la sección 512 DMCA y establecer qué formas permiten la adquisición de conocimiento.

En la práctica ha suscitado mucha controversia la distinción entre conocimiento efectivo y conocimiento aparente. Tanto titulares de derechos como OSPs han venido discutiendo su significado y las consecuencias de tal distinción. Los tribunales, al delimitar estas cuestiones han definido "actual knowledge" como conocimiento efectivo por parte del OSP de una actividad infractora específica[19]. Así, en el asunto *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, al que ya nos hemos referido, el tribunal señaló que el "actual knowledge" se presta a un estándar subjetivo, basado en si el OSP conocía la concreta infracción llevada a cabo por un usuario del servicio. A la hora de definir "red flag knowledge", los tribunales se han referido a un doble estándar objetivo y subjetivo: es objetivo cuando se analiza si hechos o circunstancias permitirían a una persona razonable inferir una actividad infractora específica; y es subjetivo si se examinan las condiciones esperables de conocimiento del OSP demandado. En consecuencia, como señaló el tribunal en *Viacom*, el conocimiento aparente, al recurrir a la noción de un OSP razonable ideal, puede incluir más supuestos que los derivados de una regla de conocimiento efectivo.

Para el Estudio de la Copyright Office, no resulta claro si las distinciones que han venido realizando los tribunales han seguido la intención inicial del Congreso y han sido útiles. Aunque teóricamente parece evidente la distinción entre una y otra forma de conocimiento, prosigue el Estudio, en la práctica es muy difícil de distinguir: en una mesa redonda realizada en abril de 2019 en Washington D.C., sus participantes fueron incapaces de mencionar un ejemplo de una actividad que fuese menos que "actual knowledge" pero que crease "red flag knowledge" con arreglo a las interpretaciones judiciales actuales de estos términos.

El Estudio también critica que los tribunales hayan interpretado que el conocimiento aparente se haya de referir a una concreta actividad infractora y no, en general, a inferir que los servicios en cuestión se utilizan para infringir derechos de autor. Para la Copyright Office, este estándar

[19] *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006, 1031–33 (9th Cir. 2013) ("Veoh IV").

se eleva de tal modo que, en la práctica comporta proteger actividades más allá de lo pretendido por el Congreso.

Es por todo ello que la Copyright Office recomienda que, si el Congreso quiere dar un sentido distinto a ambos conocimientos, debería hacerlo con una reforma que clarificase el lenguaje. Propone tener en cuenta las circunstancias del caso y, en especial, los distintos tipos y tamaños de OSPs. Asimismo, sugiere que la intervención legislativa podría aclarar las relaciones entre la falta de un deber general de supervisión de contenidos y la prestación de servicios de alojamiento y de herramientas de búsqueda de información en internet[20].

3.3. Deberes de diligencia de los titulares de derechos al solicitar la retirada o bloqueo de los contenidos infractores

El sistema básico articulado por la sección 512 DMCA para acreditar el conocimiento por un OSP de que usuarios de sus servicios infringen derechos de autor es el mecanismo de requerimiento de retirada de los contenidos (*takedown notice*). Para que este requerimiento enviado por el titular de los derechos supuestamente infringidos o su representante sea efectivo, el apartado (c)(3)(A) de la norma exige que incluya una serie de elementos:

(i) the signature of the copyright owner or authorized agent;
(ii) identification of the copyright-protected work allegedly infringed or, for multiple works, "a representative list";
(iii) identification of the infringing material or activity sufficient for the OSP to locate the material;
(iv) contact information for the copyright owner or authorized agent;
(v) a statement of "a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law"; and
(vi) a statement that the information is accurate and, under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act[21].

Según pone de relieve el Estudio, estos elementos no han suscitado demasiadas controversias salvo las nociones de "representative list" (sección 512(c)(3)(A)(ii)) y de "identifiable location" (sección 512(c)(3)(A)(iii)). La noción de "representative list" consistiría en la identificación de las obras protegidas por derechos de autor que se alega se habrían infringido y la idea de "identifiable location" se centra en la información suficiente para habilitar que el OSP requerido pueda encontrar el sitio específico donde se hallan los contenidos infractores específicos.

[20] No tratamos en esta Nota las apreciaciones que realiza el estudio sobre el grado de conocimiento exigible en la doctrina prevista en el *common law* sobre ceguera voluntaria (*willful blindness*) y para la aplicación de doctrinas sobre vicarious liability fundadas en la obtención de beneficios de la actividad infractora y las posibilidades de control.

[21] No obstante, la norma prevé un "substantial compliance standard", para que errores técnicos, como escribir de forma errónea un nombre, no penalicen ni a titulares de derechos, ni a OSPs. En este sentido, la sección 512(c)(3)(B)(II) establece que si la comunicación cumple con las condiciones (ii), (iii) y (iv), aunque no con las demás, se considerará que el OSP ha adquirido conocimiento efectivo o aparente de la infracción, salvo que sin demora contacte con la persona que ha realizado el requerimiento para ampliar la información o que adopte las medidas necesarias para fomentar que el requerimiento sea completo.

Si bien la distinción parece sencilla, los conceptos sobre los que recaen ambos –obras supuestamente infringidas y contenidos infractores- se han confundido y titulares de derechos y OSPs han discutido extensamente sobre ellos. Los OSPs han tendido a exigir la mayor concreción posible sobre las obras supuestamente infringidas y sobre la URL que les permita identificar todos y cada uno de los contenidos infractores. Por su parte, los titulares de derechos señalan que cumplir escrupulosamente con este deber es imposible y poco práctico, ya que en la mayoría de supuestos, hay multiplicidad de infracciones y los titulares de derechos no disponen de tiempo, dinero y recursos para poder ser tan específicos. Los tribunales suelen seguir mayoritariamente la posición de los OSPs y exigir una identificación completa de ambos elementos[22].

Para el Estudio, estas controversias derivan de la redacción ambigua de la sección 512(c)(3)(A) y que ha llevado a un desequilibrio entre derechos y deberes de los OSPs y titulares de derechos de autor. En particular, una de las cuestiones básicas es determinar si, para una correcta notificación, resulta necesario identificar una URL específica para permitir localizar individualmente cada uno de los contenidos infractores o si esta es solo una posibilidad y caben otras formas de comunicación. Con todo, el Estudio no aboga por el establecimiento por ley de requerimientos de retirada y bloqueo preventivo (*notice and staydown*).

Otro de los problemas que destaca el Estudio se refiere al incremento de cargas que han impuesto algunos OSPs para tramitar las notificaciones recibidas. Por ejemplo, en algunos casos, se requiere, después de recibir un requerimiento, la aportación de información adicional que acredite la titularidad de los derechos supuestamente infringidos. Ello ha redundado en un incremento del tiempo y esfuerzo, especialmente para titulares menos sofisticados y que no cuentan con economías de escala en la protección de sus derechos de propiedad intelectual. Pero además y sobre todo, no están claras las consecuencias jurídicas de que un OSP se niegue a retirar o bloquear un contenido infractor alegando que el reclamante no ha cumplido con las cargas adicionales impuestas por el intermediario. Por una parte, el OSP formalmente colabora con el titular de los derechos que ha enviado el requerimiento; pero por otra parte, añadir requisitos a los previstos en la ley y que ralentizan el proceso puede contradecir la voluntad del legislador de que los OSPs reaccionen sin demora.

El Estudio también destaca que, a pesar de que muchos OSPs utilizan formularios web para el envío de las notificaciones de retirada, estos son en ocasiones difíciles de localizar en el sitio web del OSP o su uso es demasiado fatigoso. El Estudio recomienda que el Congreso clarifique el lenguaje de la sección 512(c)(2) DMCA para establecer que la información sobre requerimientos pueda mostrarse de una forma "prominente" y que delegue a la Copyright Office para la elaboración de formularios y prácticas estandarizados.

---

[22] La discusión no ha sido menor en las Cortes. La "Office" solo ha podido encontrar dos casos en que se aceptase que el contenido de una "representative list" era suficiente. En general, los tribunales han rechazado los intentos de los titulares de derechos de realizar un análisis colapsando los requisitos de ambos conceptos: "*a bare list of musical artists whose songs were allegedly linked to did not constitute a representative list of works, or notice equivalent to a list of representative works that can be easily identified by the service provider*" (*Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.*, No. 00 CIV. 4660, 2002 WL 1997918, at *15 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2002)). En algún caso excepcional, algún tribunal ha relajado los deberes de identificación: "*when a letter provides notice equivalent to a list of representative works that can be easily identified by the service provider, the notice substantially complies with the notification requirements*." (*ALS Scan, Inc. v. RemarQ Cmtys., Inc.*, 239 F.3d at 625 (4th Cir. 2001)).

3.4. *Misrepresentation* y abuso de derecho en la tutela de los derechos de autor

(a) Estándar requerido

La sección 512(f) DMCA establece una acción de daños y perjuicios contra quien a sabiendas realiza manifestaciones falsas acerca del carácter infractor de un determinado contenido o actividad o que lleven a su incorrecta retirada o bloqueo. Aunque cualesquiera participantes en la actividad pueden llegar a responder civilmente, el precepto persigue sobre todo disuadir el envío de falsas reclamaciones por parte de titulares de derechos o sus representantes.

Los tribunales han aplicado de forma generalizada un estándar de conocimiento subjetivo para determinar si el remitente de la información conocía su falsedad y no otro objetivo basado en la percepción de una persona razonable. Por ejemplo, en *Lenz v. Universal Music Corp*.[23], el tribunal resolvió que un remitente debería responder con arreglo a la sección 512(f) DMCA si conociera efectivamente que sus afirmaciones sobre el carácter infractor de un contenido eran falsas o si evitó informarse suficientemente (doctrina de la *willful blindness*)[24].

El Estudio señala que para muchos OSPs este estándar subjetivo es poco eficaz para evitar notificaciones falsas o abusivas. La cuestión reside en los problemas para probar si el autor de unas manifestaciones claramente irrazonables desde un punto de vista objetivo conocía o no su falsedad. El texto de la sección 512, sin embargo, manifiesta que la intención del Congreso era la de excluir la aplicación de un estándar objetivo en este ámbito. La Copyright Office propone, para el caso de que el Congreso decidiera modificar el estándar a cumplir por parte del remitente, que considere hacerle responder por descuidos temerarios (*reckless disregard"*) en la corrección y precisión de los requerimientos y otras declaraciones.

(b) Misrepresentation *y usos legítimos*

El alcance de los deberes de buena fe en la aplicación del sistema articulado por la sección 512 DMCA es otro aspecto que destaca el Estudio. Con arreglo a la sección 512(c)(3)(A)(v), el remitente de un requerimiento ha de incluir una declaración firmada, bajo perjurio, según la cual cree de buena fe que el uso del contenido no ha sido autorizado por el titular de los derechos o su representante ni está permitido por la ley.

En el asunto *Lenz*, el tribunal consideró que a la hora de realizar tal manifestación el remitente ha de considerar los posibles usos legítimos (*fair use*) de una obra al tratarse de un uso con amparo legal. En caso contrario, podría llegar a responder por los daños y perjuicios causados con el envío de una reclamación abusiva. El tribunal matizó que el remitente no debía realizar un examen exhaustivo de la cuestión antes de enviar la notificación, pero que la falta de toda consideración sobre *fair use* podría resultar en responsabilidad civil. Según el Estudio, este fallo ha generado mucha incertidumbre a los titulares de derechos, que se ha proyectado sobre

[23] *Lenz v. Universal Music Corp*., 815 F.3d (9th Cir. 2016).

[24] No todos los errores en una notificación comportarán responsabilidad para su remitente. Así, en el asunto *Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am., Inc*., 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004), el remitente no ha de responder por un error del que no tenía conocimiento cometido por el titular de los derechos de autor que había actuado de forma negligente.

diversos aspectos: el nivel requerido de los esfuerzos de tiempo y recursos para investigar previamente la posibilidad de que un uso pudiera ser legítimo; la gran complejidad de determinar en muchos casos cuando un uso es legítimo; y la realización de tales tareas cuando se emplean sistemas automatizados de tutela de derechos de autor parra el envío de notificaciones.

Para el Estudio, el tribunal en *Lenz* exporta el estándar de buena fe, previsto en la sección 512(c)(3)(A) como uno de los requisitos formales de la notificación, al ámbito de la *misrepresentation*. En otros términos, el Tribunal atribuye a una manifestación contraria a la buena fe, no únicamente efectos sobre la validez de la declaración, sino también consecuencias indemnizatorias. Tal deber de compensar podría darse con independencia de si el contenido reclamado infringe o no derechos de autor: así pues, en la interpretación de la doctrina del caso dada por el Estudio, si ante una infracción clara de derechos de autor el reclamante no realiza ninguna valoración mínima acerca de un posible *fair use*, perdería su derecho a reclamar y podría llegar a responder. Por ello, la Copyright Office propone que el Congreso examine los desarrollos judiciales de *Lenz* y que eventualmente clarifique el texto de la norma.

3.5. Tiempo de reacción de los OSPs

El Estudio dedica también páginas a discutir el requisito de que, para exonerarse de responder, los OSPS procedan sin demora ("expeditiously") a eliminar o bloquear un contenido infractor luego de adquirir conocimiento efectivo o aparente de ello.

Para la Copyright Office, la intención inicial del Congreso no fue establecer un plazo uniforme sino permitir flexibilidad en atención a las circunstancias fácticas y parámetros técnicos de cada caso[25]. El Estudio recomienda seguir con este estándar de flexibilidad o establecer un marco regulatorio que actualice los plazos temporales más en línea con las prácticas habituales hoy en día.

Señala el Estudio otro problema relativo a los plazos para dar respuesta a un requerimiento. La sección 512(g)(2)(C) DMCA establece que si, después de retirar o bloquear un contenido e informar al usuario supuestamente infractor, este se opone al requerimiento (*counter-notice*), el OSP deberá volver a facilitar el acceso al contenido en un plazo de entre 10 y 14 días salvo que el titular de los derechos formule una demanda judicial en este período. La Copyright Office considera, por un lado, que este plazo es excesivo para desbloquear un contenido legítimo y, por otro lado, es a todas luces insuficiente para preparar un pleito federal por infracción de derechos de autor. La Copyright Office recomienda considerar los referidos plazos y articular un sistema de resolución alternativa de conflictos en este ámbito.

3.6. Infractores reincidentes

La sección 512(i) DMCA estableció que los OSPs habían de adoptar e implementar, de forma razonable, políticas que prevean en circunstancias apropiadas la terminación del acceso del

[25] Ejemplos de factores que pueden considerarse para valorar si una reacción de un OSP se produce sin demora son la precisión y exhaustividad de un requerimiento o el tipo de contenido infractor (por ejemplo, como han destacado algunos tribunales, la reacción debería ser casi instantánea si se trata de emisiones en directo tales como eventos deportivos).

suscriptor o titular de la cuenta que sea infractor reincidente en el sistema o red del OSP, después de haber sido informados suficientemente. Se trata de un requisito necesario, junto a otras medidas técnicas, que debe cumplir un OSP para poder recurrir a las exoneraciones de responsabilidad previstas legalmente.

La noción de "repeat infringer" no viene definida en la ley y los tribunales han dejado a la discreción de los OSPs determinar su alcance[26]. Así pues, alrededor de esta previsión surgen múltiples dudas. La sección 512(i) DMCA tampoco define "adopted" ni "reasonably implemented", ni proporciona ejemplos de circunstancias que justificarían cerrar una cuenta. Tampoco cuantifica el número de infracciones para establecer su carácter repetido, ni aclara si la determinación de si un infractor es reincidente debe hacerla necesariamente un juez. Por todo ello, señala el Estudio, los titulares de derechos de autor siguen pidiendo mayor seguridad jurídica y apuntan a que cualquier usuario puede sortear la política de infractores reincidentes de un OSP, solamente creando una cuenta nueva y cambiando su nombre. Por otro lado, según la Copyright Office, los OSPs manifiestan que, a pesar de la ambigüedad de la sección 512, la jurisprudencia ha proporcionado guías suficientes y que no siempre ha actuado en su favor[27].

El Estudio se refiere principalmente a los aspectos siguientes:

(i) Aboga por una definición de la noción de "repeat infringer" caso por caso a examinar por parte de los OSP, pero que no requiera que el infractor haya sido previamente calificado como reincidente por un tribunal.

(ii) Por lo que se refiere a las nociones de "adopted" y "reasonably implemented", el Estudio señala que según el entendimiento judicial del precepto resulta suficiente para un OSP contar con una política no escrita cuyos detalles no se comunican a los usuarios de sus servicios[28]. Ello conlleva desvirtuar los efectos disuasorios que perseguía obtener el Congreso obligando a la adopción e implementación de estas políticas. Por ello, el Estudio propone exigir a los OSPs disponer de políticas de reincidencia claras, documentadas y disponibles.

(iii) Señala también el Estudio que urge que el Congreso clarifique cuáles han de ser las "appropriate circumstances" que justificarían la terminación de una cuenta de usuario, a partir de actos de infracción repetidos, y si dichas circunstancias apropiadas pueden

[26] La deferencia a los OSPs tiene mucho sentido. El Estudio cita, por ejemplo, el caso de las universidades que proveen acceso a internet y servicios de red a sus estudiantes. A pesar de que haya estudiantes que utilicen los servicios para infringir, resulta imperioso que puedan seguir teniendo acceso y utilizar las herramientas facilitadas para su formación.

[27] Se refieren a los asuntos *BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Commc'ns* (4th Cir. 2018) ("Cox") y *BMG Rights Management (US) LLC v. Cox Communications, Inc.517* y *UMG Recordings Inc. v. Grande Commc'ns Networks, Inc*., 384 F. Supp. 3d 743 (W.D. Tex. 2019) ("Grande Commc'ns"), asuntos en los cuales, en su opinión, se malinterpretó la definición de infractor reincidente para incluir infractores cuya reincidencia no hubiera sido establecida por un tribunal.

[28] En el caso *Motherless*, se consideró por la Corte cumplido el requisito de implementación existiendo una política de infractores reincidentes sin escribir, de una manera poco sistemática y casual (*Ventura Content, Ltd. v. Motherless, Inc.,* 885 F.3d 597, 617–18 (9th Cir. 2018), cert. denied, 139 S. Ct. 419 (2018)).

darse incluso en ausencia de una notificación formal de retirada enviada por el titular de derechos de propiedad intelectual infringidos[29].

3.7. Obtención de información mediante *subpoenas* para identificar infractores

La sección 512(h) DMCA permite a los titulares de derechos de autor solicitar una diligencia judicial (*subpoena*) por la cual se ordene a un OSP que facilite información acerca de la identidad de un infractor.

Según el Estudio, los tribunales han interpretado de forma restrictiva los requisitos para utilizar este mecanismo. Además, en la práctica, será habitual que cuando se solicite la información, el OSP ya la haya eliminado de sus sistemas o que los datos que pueda ofrecer sean de escasa utilidad. También, los procedimientos para solicitar una *subpoena* se han ralentizado y burocratizado en exceso según el Estudio. Todo ello contribuye a que se trate de un mecanismo costoso e ineficaz.

Desde el punto de vista exegético, la regulación de este mecanismo plantea una cuestión adicional. Según el Estudio, el texto legal es insuficiente para determinar si estas diligencias de obtención de información pueden utilizarse frente a cualesquiera tipos de prestadores de servicios online y, en particular, frente a prestadores de servicios de transmisión en redes de comunicación. A pesar de que algunos tribunales han resuelto que no puede recurrirse a *subpoenas* frente a estos últimos prestadores[30], el Estudio señala que es precisamente frente a ellos donde el mecanismo puede resultar de más utilidad, en especial, para identificar usuarios de BitTorrent y otros programas P2P similares para compartir archivos. La Copyright Office sugiere al Congreso que aclare los OSPs potencialmente destinatarios de estas medidas.

3.8. Interacción con las órdenes de cese dirigidas a intermediarios

Con arreglo a la sección 512(j) DMCA, los titulares de derechos infringidos podrán ejercer acciones judiciales de cese previstas en la sección 502 (*injunctions*), tanto definitivas como cautelares, contra los OSPs. Esta tutela negatoria, con intervención judicial, es diferente al cese de una actividad infractora que deriva del envío de un requerimiento extrajudicial de retirada. Sin embargo, los titulares de derechos de autor suelen quejarse de que los tribunales han interpretado el alcance de estas acciones de un modo restrictivo y como un reflejo de los requerimientos de retirada. Por su parte, los OSPs argumentan que una interpretación más amplia de su alcance les privaría en la práctica de la regla de puerto seguro.

---

[29] Otra vez, la norma legal carece de definiciones expresas y los tribunales han venido adoptando soluciones *ad hoc*. Por ejemplo, en *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146, 1177 (C.D. Cal. 2002) ("Cybernet"), se estableció que constituyen "circunstancias apropiadas" a los efectos de la sección 512(i) DMCA que justifican el cierre de una cuenta, como mínimo, los supuestos en los cuales un proveedor de servicios recibe pruebas suficientes como para tener un conocimiento real de infracciones flagrantes y repetidas por parte de determinados usuarios, en particular, infracciones de carácter intencional y con ánimo de lucro.

[30] Por ejemplo, en *Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Verizon Internet Servs., Inc.*, 351 F.3d 1229, 1236 (D.C. Cir. 2003), el Tribunal estableció que: "*a subpoena may be issued only to an OSP engaged in storing on its servers material that is infringing or the subject of infringing activity*".

La Copyright Office considera innecesaria una intervención legal en estos momentos pero recomienda al Congreso que esté atento a los desarrollos judiciales sobre estas acciones. Por otra parte, la Copyright Office señala que para el caso en el cual el Congreso considerara ampliar el abanico de acciones de cesación en manos de los propietarios de derechos de autor, debería clarificar la distinción entre el cese de una actividad infractora derivado de un requerimiento de retirada o derivado de una orden judicial.

3.9. Propuestas no jurídicas

Más allá de las propuestas orientadas a reformar y mejorar la sección 512 DMCA, el Estudio también plantea otras aproximaciones no jurídicas centradas en tres ámbitos:

(i) Mejora de la información disponible para usuarios y público en general: la Copyright Office sugiere la preparación y difusión de materiales educativos sobre el sistema previsto en la sección 512 DMCA[31].

(ii) Fomento de la cooperación voluntaria: la Copyright Office sugiere que, aunque podría implicarse activamente, son los diferentes participantes interesados en el sistema de *notice-and-takedown* quienes habrán de colaborar voluntariamente y de forma proactiva para identificar aquellos aspectos técnicos y procesales que contribuyan a mejorar su funcionamiento.

(iii) Identificación de medidas técnicas estándar: para exonerarse de responder, los OSPs deberán respetar las medidas técnicas de protección adoptadas por titulares de derechos de autor, que según la sección 512(i)(2), se definen como medidas desarrolladas con un consenso amplio entre titulares y OSPs por medio de procesos abiertos, voluntarios, justos y multisectoriales; que estén disponibles para cualquier persona bajo condiciones razonables y no discriminatorias; y que no impongan costes o cargas excesivos para los OSPs o sus sistemas y redes. El Estudio destaca el escaso consenso acerca de la eficacia de muchas de estas medidas, como por ejemplo, en relación con los sistemas de huellas digitales y filtros. Por ello, la Copyright Office sugiere la necesidad de colaboración para identificar medidas técnicas que puedan implementarse y estandarizarse en este ámbito.

[31] Un ejemplo de ello sería un sitio web que prepara la Copyright Office sobre el sistema de "notice-and-takedown": copyright.gov/DMCA.

InDret
3.2020

Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria

Adrián Segura Moreiras
Universidad Pompeu Fabra
adrian.segura01@estudiant.upf.edu

Ernesto Alejandro Suárez Puga
Universidad Pompeu Fabra y Esade Law School
ernestoa.suarez@upf.edu

Sumario

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a las cláusulas de referenciación a los índices financieros conocidos popularmente como IRPH, ha vuelto a poner los litigios referidos a la transparencia de este tipo de cláusulas en el ojo de la actualidad jurídica. Las altas tasas de litigación judicial, en torno a este tipo de cláusulas predispuestas, exigen el encuadramiento teórico de las mismas a efectos de facilitar una mayor y más rápida delimitación entre grupos de casos de contratación intransparente o patológica y casos de contratación válida, transparente y por tanto, eficiente. Con este objetivo, este trabajo parte de la mayor transparencia a priori de las cláusulas de referenciación a los IRPH en términos comparativos con otras opciones disponibles y de gran implantación en el mercado de la financiación bancaria, como las cláusulas de referenciación EURIBOR.

Abstract

The recent ruling of the European Court of Justice, regarding clauses referring to financial indexes, popularly known as IRPH, has renew the public legal debate interest in litigation regarding the transparency of this type of clauses. The high rate of judicial litigation relating to these type of predisposed clauses requires a theoretical framework in order to facilitate a greater and faster delimitation between groups of cases of intransparent or pathological contracting and cases of valid and transparent clauses, and therefore efficient contracting. Seeking said aim, this paper defends the greater a priori transparency of the clauses using the IRPH in comparative terms with other available options of great implantation in the market of financial banking, such as the using the EURIBOR.

Title: *A defense of the greater transparency of IRPH referencing clauses in financial agreements.*

Palabras clave: *IRPH, abusividad, transparencia, condiciones generales de la contratación.*

Keywords: *IRPH, unfairness, transparency, general contracting conditions.*

1. La litigiosidad judicial en torno al IRPH: una historia inacabada *

La cláusula de referenciación de préstamos hipotecarios ha sido objeto de litigación en masa durante los últimos años. En concreto, a partir del año 2013, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo[1] y de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013[2], se empezaron a ejercitar acciones judiciales contra el IRPH (*rectius*: las cláusulas de referenciación de los contratos financiación que lo contienen), interesando la nulidad de cláusulas relativas a la determinación del interés remuneratorio sobre la base del uso de dicho índice (*rectius*: índices) por considerarlas bien abusivas y/o bien intransparantes.

Estas cláusulas de determinación del tipo de interés remuneratorio por referenciación tienen la consideración de cláusulas predispuestas por el oferente incorporadas en el contrato. Por tanto quedan sujetas a las exigencias de la normativa de protección del consumidor adherente ante cláusulas predispuestas.[3] En diciembre de 2017, el Tribunal Supremo, en un intento de abordar el aluvión de casos que venían resolviéndose en instancias menores, mediante su sentencia núm. 669/2017[4] consideró que, *en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados.* Por tanto, el IRPH *como tal no puede ser objeto del control de transparencia* pues *solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente*.

Además, respecto del requisito de transparencia, el Tribunal Supremo[5], estableció que *este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.*

Siguiendo estos fundamentos, el Tribunal Supremo concluyó que la cláusula examinada[6] en dicha sentencia, muy similar a las habitualmente empleadas en los contratos de financiación

---

* El siguiente trabajo se ha beneficiado sustancialmente de los comentarios del Profesor Dr. Fernando Gómez Pomar y del Profesor Dr. Fernando Pantaleón Prieto. Los errores u omisiones en el mismo son única y exclusiva responsabilidad de sus autores.

[1] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013) – Caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunya Caixa), Asunto C-415/11.

[2] Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, STS núm. 1916/2013.

[3] La Directiva 93/13/CEE y a la transposición de la misma en el ordenamiento español a través de la Ley 7/98, de 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

[4] Un comentario crítico sobre la misma puede encontrarse en (CÁMARA LAPUENTE, 2017, pp. 211-236).

[5] En línea con las tesis de (SUÁREZ PUGA, 2017a, págs. 29-43).

[6] La cláusula tercera bis del contrato, motivo del laudo, establecía: *"Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el margen al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de*

referenciados a los diferentes IRPH, no solamente superaba el control de inclusión como cláusula predispuesta sino que también superaba el control de transparencia exigible.

La sentencia de 3 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (asunto Gómez del Moral)[7], respondiendo a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona[8], confirmó que:

1. Las cláusulas de referenciación a los índices IRPH para la determinación del tipo de interés remuneratorio en un contrato de financiación no son cláusulas predispuestas que reflejen disposiciones legales imperativas o disposiciones supletorias aplicables en defecto de pacto entre las partes que queden excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, la cual será aplicable a la misma[9].

2. Las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato como el precio o tipo de interés en un contrato de financiación no están sometidos a un control de contenido sino a un control de transparencia.

3. A los efectos de que una cláusula predispuesta de referenciación a cualquier índice mediante la cual se determine el tipo de interés remuneratorio de un contrato de financiación supere la transparencia exigible *debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras*. A tales efectos, el juzgador deberá tener en cuenta las siguientes circunstancias: "***(i) la accesibilidad a los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés en atención a la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés"*** y ***(ii) el "suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés".***

4. *Siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad y a falta de acuerdo en*

---

entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94. Margen, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El margen será de cero coma cincuenta (0,50). La cláusula tercera bis 2.a) añadía que "el tipo que servirá para este cálculo se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión" y como interés sustitutivo se fijaba el IRPH-Cajas. Adicionalmente la cláusula sexta fijaba un "interés de demora" del 17,50% (18,974 TAE)".

[7] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 – Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S. A., Asunto C-125/18.

[8] Auto del Juzgado de Primera Instancia 3/2018 de 16 de febrero, planteado por el Magistrado Sr. Francisco González de Audicana Zorraquino.

[9] Tal y como apunta (PANTALEÓN, 2020) la plena aplicabilidad de la Directiva 93/13 a las cláusulas de referenciación a los IRPH nada tiene que ver con el hecho de que conforme a la misma y la normativa que la transpone dichas cláusulas sean plenamente validas o si se prefiere no abusivas que fue lo esencialmente resuelto por el Tribunal Supremo en su STS 669/2017, de 14 de diciembre.

> *contrario de las partes del contrato*, el juzgador puede, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE *en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva* (intransparente) *que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable* (por las disposiciones de derecho supletorio aplicables relativas al tipo de interés remuneratorio).

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia ha generado controversia jurídica sobre sus implicaciones para los pleitos subsistentes relativos a las cláusulas de referenciación IRPH. Por un lado, las asociaciones de consumidores y ciertos demandantes[10] han considerado que el TJUE esencialmente ha amparado sus pretensiones. Por el contrario, las primeras reacciones de las principales entidades afectadas[11] por litigios en esta materia han centrado sus esfuerzos en exponer que el TJUE no había entendido de ningún modo el IRPH como abusivo y que, en cualquier caso, debían ser los jueces nacionales los que debieran analizar la cuestión caso por caso.

La litigiosidad posterior a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha hecho esperar. Son numerosas tanto las sentencias de primera instancia que han declarado abusivas por intransparentes[12] las cláusulas de referenciación al IRPH[13] y, en consecuencia, han procedido a declarar la nulidad de las mismas, como las decisiones en que se ha absuelto a la parte demandada de la pretensión de restituir a la demandante las cantidades correspondientes al índice de referenciación sobre el capital prestado.[14]

Asimismo, ya disponemos de varios pronunciamientos de diferentes Audiencias Provinciales. Existe una línea compartida por varias sentencias de Audiencias Provinciales por las que las cláusulas de referenciación al IRPH son consideradas, además de válidas, transparentes tras someterlas a escrutinio acerca de su transparencia sustantiva. Entre ellas destacan la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 24 de abril de 2020, la sentencia de la

---

[10] Para una muestra de algunas de las declaraciones de demandantes véase: https://elpais.com/economia/2020-03-03/la-justicia-europea-permite-a-los-jueces-espanoles-anular-una-hipoteca-ligada-al-irph-si-considera-que-es-abusiva.html (último acceso el 08/07/2020).

[11] Sobre la reacción de la banca a la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 léase: https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/03/03/5e5e347ce5fdea82748b45d3.html (último acceso el 08/07/2020)

[12] En nuestra opinión, y a pesar de la confusión generada por algunos pronunciamientos del TJUE y por algunas opiniones del Abogado General del TJUE *stricto sensu* lo procedente en su caso es la declaración de nulidad por intransparencia, pero no de abusividad o invalidez intrínseca pues no cabría control de contenido al tratarse de cláusulas predispuestas relativas al precio.

[13] Véanse como ejemplos: La sentencia 393/2020, de 4 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Burgos; las sentencias 214/2020 y 227/2020, de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Lleida; la sentencia 71/2020, de 13 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Orihuela; la sentencia 582/2020, de 20 de abril, del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca.

[14] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tarragona por la que el Tribunal se inclina a favor de Caixabank como parte demandada declarando la validez del índice y por ende, desestimando las pretensiones de la demanda.

Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de abril de 2020[15] y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de mayo de 2020[16].

No obstante, al mismo tiempo que escribimos este artículo, también existe otra línea argumental, con varios pronunciamientos de Audiencias Provinciales que entienden que la cláusula de referenciación al IRPH es abusiva por intransparente. Destacan en este grupo la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de abril de 2020[17] y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de junio de 2020.[18]

El tercer grupo de sentencias estaría conformado por aquellas en las que los tribunales consideran que el índice es no transparente pero la cláusula no es abusiva. Entre estos grupos destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de mayo de 2020.[19]

Un último grupo de sentencias considera nula la cláusula pero decide integrar el contrato mediante la sustitución del índice por el IRPH Entidades. Entre éstas destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de mayo de 2020[20].

A pesar de que hasta el momento no se han producido pronunciamientos aún de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tras la STJUE, ante la concurrencia de pronunciamientos de Audiencias Provinciales contradictorios y la pendencia de diversos recursos de casación no es descartable que en los próximos meses dispongamos de los primeros pronunciamientos de dicha Sala.

Asimismo, por informaciones aparecidas en medios públicos, no cabe descartar cuestiones prejudiciales o aclaraciones adicionales remitidas por el Juzgado núm. 38 de Primera Instancia de Barcelona[21] al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta alta litigiosidad relativa a las cláusulas de determinación del tipo de interés en contratos de financiación con referenciación al IRPH no es una cuestión meramente teórica, sino que tiene importantes implicaciones a nivel socioeconómico, tanto por el número[22] de hipotecas suscritas a estos tipos de interés variable como por la cuantía[23] que éstas representan.

---

[15] Sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 23 de abril de 2020.

[16] Sentencia núm.241/2020 de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, de 11 de mayo de 2020.

[17] Sentencia núm. 359/2020 de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 21 de abril de 2020.

[18] Sentencia núm. 684/2020 de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de junio de 2020.

[19] Sentencia núm. 143/2020 de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de mayo de 2020.

[20] Sentencia núm. 261/2020 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 14 de mayo de 2020. En esta sentencia se considera abusiva la cláusula de referenciación al IRPH Cajas y declara su sustitución por el IRPH Entidades. Esta misma sala se había pronunciado en el mismo sentido el 11 de marzo, en sentencia núm. 225/2020.

[21] Providencia del Juzgado núm. 38 de Barcelona, de 11 de mayo de 2020, en relación con la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18.

[22] Según el reciente estudio de la Asociación de Consumidores Asufin existen un total de 835.251 hipotecas con vigencia en la actualidad suscritas a alguno de los tipos IRPH. Véase: https://www.asufin.com/productos-asufin/hipoteca/irph/ (último acceso el 08/07/2020).

[23] Goldman Sachs cifra entre 7.000 millones y 44.000 millones de euros la cuantía total de hipotecas con vigencia total suscritas a algún índice IRPH. Véase:

Además, la crisis sanitaria generada por la pandemia mundial COVID-19 y la paralización de plazos procesales y la limitación de la función jurisdiccional a lo mínimo esencial adoptada por los poderes públicos competentes está comportando un incremento aún mayor del colapso judicial que sufre nuestro país, entre otras por los limitados recursos con los que se provee a la Administración de Justicia.

Por todo ello, en los próximos meses y probablemente años será más indispensable que nunca que los operadores jurídicos que lidian con la ligitiosidad en torno al IRPH dispongan de un marco conceptual claro que facilite la distinción entre casos de contratación patológica (claúsulas intransparentes) y casos de cláusulas válidas y transparentes. Por ello, este trabajo pretende ser una pequeña aportación que ayude a construir dicho marco.

En ese sentido pretendemos ofrecer, al menos, cinco conclusiones esenciales y, en nuestra opinión, relativamente novedosas en torno a los índices IRPH:

(i) Las cláusulas de referenciación a cualquiera de los índices financieros IRPH son válidas o no abusivas *strictu sensu*.

(ii) Las cláusulas de referenciación a cualquiera de los índices financieros IRPH son *a priori* y en abstracto más transparentes y comprensibles que las que utilizan otros índices habitualmente empleados en el mercado del crédito con profesionales de la financiación como el EURIBOR.

(iii) Las cláusulas que establezcan la continuidad de uno de los índices que haya perdido vigencia de forma sobrevenida por falta de representatividad son nulas de pleno derecho por contrariedad a la ley.

(iv) Salvo que se hubiesen negociado individualmente de manera transparente, las cláusulas que establezcan la conversión del tipo de interés remuneratorio variable calculado con referenciación a uno de los IRPH que haya desaparecido en un tipo fijo hasta la finalización de la operación son cláusulas nulas por sorpresivas.

El IRPH entidades es el índice financiero que ofrece el criterio de integración del precio en los contratos de financiación que deban ser integrados con el derecho vigente, por ejemplo, en caso de que se declare la nulidad de la/s cláusulas predispuestas relativas al tipo de interés remuneratorio.

2. División de la oferta de financiación bancaria en función de la estructura de determinación del tipo de interés

Fuertemente influenciada por la existencia de un mercado profesional del crédito caracterizado por la presencia de prestamistas o acreedores profesionales y el principio nominalista de las obligaciones (artículo 1170 Código Civil), la contratación en masa de financiación bancaria por parte de consumidores, especialmente aquella que persigue para el deudor la obtención del capital necesario para la adquisición de su vivienda habitual, se caracteriza por una oferta que

https://elpais.com/economia/2018/12/04/actualidad/1543930573_120407.html) (último acceso 08/07/2020).

cuenta esencialmente con dos[24] modalidades de determinación del precio o tipo de interés remuneratorio de la financiación: la estructuras basadas en un tipo fijo y las estructuras basadas en un tipo variable.

3. 2.1. El precio a tipo de interés remuneratorio fijo

Por un lado, encontramos la oferta de financiación bancaria a tipo de interés fijo durante toda la vida del contrato. En este caso, las partes predeterminan el precio o tipo de interés del contrato desde el momento inicial del préstamo hasta el final del mismo.

Por tanto, con la simple fijación del tipo de interés para toda la duración del contrato, ambas partes eliminan la incertidumbre futura sobre la determinación del precio de la operación. Así, con una sencilla operación aritmética, tanto acreedor como deudor pueden determinar el precio del contrato en todo el horizonte temporal de la relación contractual.

Por ejemplo, en un préstamo de financiación de 100.000 euros al 4% de interés fijo el consumidor pagará unas cuotas mensuales de 605,98 euros lo que implicará que el coste de la financiación en vencimiento será de 45435,2 euros.

Evidentemente, nada excluye que las partes puedan pactar *ab initio* diferentes tipos de interés aplicables a diferentes intervalos temporales hasta la completa devolución del capital principal de la financiación. Por ejemplo, 2% para los primeros tres meses, 3% para el siguiente año y 4% en los sucesivos.

La autonomía de la voluntad de las partes puede llevar a las mismas a configurar infinitas estructuras de fijación del precio o tipo de interés.

Lo relevante es que con este tipo de estructura de interés remuneratoria a tipo fijo las partes establecen un precio con absoluta determinación. La predeterminación *ex ante* del tipo de interés aplicable y con vocación de aplicabilidad durante toda la vida de la financiación permite, mediante el recurso a uno o varios tipos de interés fijos, la eliminación de la incertidumbre que padecen inicialmente las partes contractuales para la fijación futura del precio. En consecuencia, las partes reducen de raíz los eventuales costes de transacción consistentes en la negociación y renegociación del precio durante toda la vida del contrato.

Ahora bien, la absoluta determinación del tipo de interés remuneratorio o precio de la financiación y la consiguiente eliminación de la incertidumbre en el futuro sobre el mismo se realiza a costa de la asunción por las partes de otros riesgos.

Tal y como ya se apuntaba en (SUÁREZ, 2017a, págs. 29-43), la predeterminación de un precio fijo, en un sistema de obligaciones dinerarias basado en el principio nominalista, produce que el acreedor sufra el riesgo de inflación o de pérdida de valor del dinero futuro puesto que el deudor siempre se libera de la obligación de pago de intereses cantidades absolutas o nominales en vez de asumir deudas de valor. Simétricamente, el deudor sufre el riesgo de deflación o apreciación del valor del dinero.

La acumulación del efecto de la inflación durante todo el tiempo del contrato de financiación podría incluso quebrar la expectativa de excedente contractual para el acreedor financiero.

[24] Recientemente han aparecido en el mercado ofertas de financiación cuyo precio o tipo de interés combinan durante la vida la operación ambas modalidades preponderantes (tipo fijo y tipo variable).

Acumulación nada descartable si se tiene en cuenta el relativamente extenso plazo de ejecución de los contratos de financiación para la adquisición de la vivienda del deudor consumidor.

En definitiva, que la eliminación del riesgo de certidumbre sobre elementos esenciales de la relación contractual como el precio mediante el empleo de un tipo de interés remuneratorio fijo tiene como *trade-off* la agravación del riesgo de que el excedente esperado por cada una de las partes se vea relevantemente reducido.

Téngase en cuenta el impacto de ese riesgo de antieconomicidad contractual en unos contratos como los de financiación en los que el acreedor financiero es la única parte que sufre el riesgo de crédito por impago o de insolvencia del deudor desde el momento en que el capital es transferido al patrimonio del deudor y hasta la ejecución total del contrato.

2.2. El precio a tipo de interés remuneratorio variable

Por otra parte, y como alternativa al precio a tipo de interés remuneratorio fijo, los profesionales de la financiación ofrecen contratos con una estructura de tipo de interés remuneratorio o precio variable.

La utilización de un tipo de interés remuneratorio variable permite la revisión periódica del precio aplicable a la financiación a los efectos de que el mismo se vaya adaptando según parámetros de evolución del tipo de interés de mercado durante toda la vida de la relación contractual.

Este tipo de estructuras remuneratorias suele articular la determinación futura del precio por referencia a los valores o magnitudes que periódicamente arrojan elementos objetivos como las medias de cotización en un mercado organizado en su conjunto o relativos a determinados valores, los precios medios de una mercancía, bien o servicio en un mercado determinado o los valores de índices estadísticos o financieros. Así, por ejemplo, el tipo de interés o precio para el siguiente año será el % equivalente a la variación del índice de precios al consumo.

Así, en los contratos de financiación que utilicen estos mecanismos de referencia o indexación, el tipo de interés remuneratorio o precio irá variando en función del índice acordado a lo largo de la vida del contrato.

Las posibilidades de configuración en torno a la referencia a estos elementos objetivos que pueden adoptar las partes en un contrato de financiación en base a su autonomía de la voluntad es, en un plano teórico, infinita.

En la contratación en masa con profesionales de financiación en nuestro país, la estructura de determinación del tipo de interés en estos contratos suele basarse en cláusulas predispuestas basadas habitualmente en dos elementos.

Un primero elemento indispensable sobre el que pivota la variabilidad del precio y que hace depender la determinación futura del precio de los valores de un elemento objetivo como, por ejemplo, índices o instrumentos financieros.

Otro segundo elemento, no indispensable aunque habitualmente pactado, denominado diferencial, consiste en una parte fija o invariable del precio al que se acumula al valor arrojado por el elemento objetivo de referenciación que se haya fijado en el contrato.

La referenciación contractual a elementos o valores objetivos sobre los que se determina periódicamente el precio se erige así como un mecanismo contractual que permite, por un lado, cohonestar la intención de las partes de adaptar el precio de la relación contractual a la evolución de parámetros de mercado, evitando el riesgo de excesiva reducción de las respectivas expectativas económicas derivadas del contrato de las partes, y, por otro, excluir que la determinación futura del precio dependa bien de una nueva negociación del mismo por las partes bien de la voluntad de una de las partes o de la de una tercera parte o arbitrador.

Y es, por un lado, evidente que la determinación futura del precio del contrato no puede recaer puramente sobre la voluntad exclusiva de una de las partes puesto que así lo veda el artículo 1.256[25] de nuestro Código Civil. De hecho, la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito ya preveía en su artículo 7 que en relación *con el tipo de interés pactado* [la entidad de crédito] *no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo*.

Por otro lado, confiar la fijación futura del precio a una nueva negociación de las partes supondría tal encarecimiento de los costes de transacción que muy probablemente disuadiría a los acreedores financieros de contratar. Finalmente, dicha traslación futura del precio no solamente incrementa los costes de transacción, sino que añade nuevos problemas como los de definición y control de la independencia del tercero arbitrador[26] y de la justicia y objetividad de los criterios que deba emplear, etc.

En todo caso, la referenciación como mecanismo contractual de determinación futura del precio o tipo de interés remuneratorio permite satisfacer el interés común de las partes de adecuar el precio a valores de mercado durante toda la vida e la relación contractual. Es evidente que los elementos objetivos que empleen para dicha adaptación no dejan de ser un *proxy* a un valor de mercado que se antoja un elemento altamente variable y difícil de establecer con seguridad cuando nos referimos al capital.

Asimismo, ambas partes, a pesar de reducir los costes de transacción futuros mediante la referenciación, como técnica de determinación futura del precio del contrato, sufrirán la incertidumbre sobre la variabilidad futura y su intensidad[27]. Y es que, a lo sumo, podrán hacer una estimación de dicha variabilidad, pero en todo caso la misma quedará sujeta a las múltiples vicisitudes que pueden influir en la conformación de los valores que arroje en el futuro el parámetro o índice de referencia que acuerden. De ahí la importancia de que en la fase de información precontractual el deudor, consumidor y normalmente adherente a las condiciones predispuestas de la entidad de crédito tenga la oportunidad objetiva de conocer tanto la variabilidad del precio de la financiación durante toda la vida del contrato en sí como conocer los términos y condiciones conforme a los cuales se producirá automáticamente la revisión del precio.

En relación con el interés de los financiadores profesionales que sean entidades de crédito de mantener durante toda la vigencia de los contratos de financiación un precio de la misma que

[25] Al respecto véase el (SÚAREZ PUGA, 2020) como comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020.

[26] *Mutatis mutandi* no hay que descartar que los costes de transacción que está implicando la litigiosidad en torno a las cláusulas de referenciación IRPH esté siendo necesariamente repercutido mediante un incremento de los precios.

[27] De ahí la finalidad de las cláusulas suelo y techo, respectivamente.

no resulte antieconómico, téngase presente que este tipo de interés de este tipo de acreedores financieros no solamente responde al ánimo de lucro que generalmente persiguen sino también en la necesaria persecución del mantenimiento de su solvencia y liquidez financiera en interés de sus clientes depositantes.

Estos últimos elementos son indispensables para las entidades de crédito puesto que *financian unos activos generalmente ilíquidos con un pasivo constituido por deudas líquidas e inmediatamente exigibles*[28] como son las derivadas de los contratos de depósito bancario.

De hecho, esta es la última ratio de las normas de supervisión bancaria que obligan a los profesionales del crédito a elaborar *e implementar una política de precios, que deberá estar orientada a cubrir, al menos, los costes de financiación, de estructura y de riesgo de crédito inherente a cada clase de operación*[29].

No parece haber una preferencia clara en la elección entre tipo de interés fijo y tipo de interés variable por parte de los consumidores. En concreto, cabe destacar que existe heterogeneidad en la decisión inclusive entre países. En países como España, Grecia, Italia y Austria predominan los tipos variables, mientras que en Alemania, Bélgica y Francia predominan los tipos fijos. Los factores que parecen explicar la divergencia van desde la inercia e histéresis en el mercado de financiación hasta las distintas actitudes ante el riesgo de inflación y tipo de interés por parte de los consumidores. Asimismo, también devienen factores influyentes los perfiles demográficos y económicos de los distintos demandantes de crédito hipotecario[30].

2.3. Delimitación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación con consumidores a tipo de interés remuneratorio variable: la función de las autoridades públicas y los principios que deben cumplir los índices financiero

La libertad de precios anudada al principio de la autonomía de la voluntad es el paradigma de la contratación en el mercado de la financiación bancaria en lo relativo a la determinación del tipo de interés remuneratorio[31]. Ello permitiría a las partes infinitas posibilidades en abstracto en el diseño de la estructura de la determinación del precio variable durante la vida de la operación de financiación.

Además, el mercado de la financiación bancaria, especialmente la destinada a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, tiende a ser de estructura necesariamente oligopolística por los

[28] (ALFARO, 2000, págs. 284-335).

[29] Vid. Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos.

[30] En (ALBERTAZZI et al., 2019) se demuestra empíricamente que los países con mayor porcentaje de préstamos a tipo fijo suelen ser aquellos con un histórico de volatilidad menor, donde la correlación entre el desempleo y los tipos a corto plazo es más alta, donde la educación financiera es más baja.

[31] El límite absoluto a la libertad de precios y, por tanto, a la autonomía de la voluntad en este contexto se encuentra esencialmente en la protección del consumidor a través de la prohibición de intereses remuneratorios que alcancen la usura. Al respecto, véase (ARTIGOT, 2020) en el que se explora el caso de la usura en el contexto de las tarjetas *revolving* y la autora nos presenta una posición crítica a la posición adoptada por los tribunales al respecto.

requisitos de solvencia y la supervisión pública que se impone a los operadores del mismo ante el gran apalancamiento sobre el que se basa la actividad de una entidad de crédito[32].

En este tipo de mercado el consumidor racional acepta las ofertas predispuestas por los profesionales de la financiación eligiendo aquella que considera más conveniente en atención esencialmente al precio. La explicación radica en el hecho de que el consumidor obtiene un bien fungible –dinero– y por tanto lo relevante en su decisión es el precio que paga o acabará pagando por el bien obtenido. No obstante, también es cierto que puede haber otros factores que influencien la decisión del mismo y que le hagan apartarse del precio como elemento decisivo de su elección[33]. Por ejemplo, la relación previa con la entidad bancaria, la confianza con la misma o la oferta a la que se tiene acceso en atención al carácter esencialmente nacional de los servicios bancarios, la elección de la oferta de servicios bancarios necesariamente anudada o inducida por su vinculación a servicios inmobiliarios[34], etc.

Para facilitar que las diferentes ofertas "paquetizadas" y predispuestas de financiación sean más fácilmente comparables por el consumidor, las autoridades ordenadoras y supervisoras del mercado de financiación establecen una serie de mecanismos.

Por ejemplo, la tasa anual equivalente (TAE) obliga a los oferentes a autoevaluar sus ofertas y traducirlas, en atención a unas mismas reglas e hipótesis, en un porcentaje a efectos de ofrecer magnitudes fácilmente comparables.

Asimismo, los supervisores financieros limitan los elementos que pueden ser empleados en las ofertas de financiación para la determinación futura del precio. Así, por ejemplo, el Ministerio de Economía y Hacienda ha establecido que en el mercado español las entidades financieras deben utilizar determinados índices financieros como instrumentos de referenciación a efectos de la determinación futura del tipo de interés remuneratorio.

Respecto de estos índices financieros las autoridades ordenadoras y supervisoras establecen y persiguen que se cumplan con una serie de principios esenciales para el buen funcionamiento del mercado.

En concreto, las autoridades públicas garantizan cuatro principios: (i) el principio de publicidad, (ii) el principio de representatividad, (iii) el principio de independencia y (iv) el principio de objetividad.

El principio de publicidad garantiza que los valores periódicos que vayan arrojando los índices cuyo uso es oficialmente recomendado sean públicamente accesible. En este sentido, los valores que van arrojando los mencionados índices son periódicamente publicados en el sitio oficial del Banco de España y en el del Boletín Oficial del Estado.

---

[32] (ALFARO, 2000, págs. 284-335).

[33] Tal y como se presenta (BAR-GILL, 2012, p.12) resulta que en ante la presencia de consumidores desinformados que presentan un comportamiento limitadamente racional los vendedores diseñarán sus contratos para maximizar el beneficio neto esperado. La competencia para la confección de esquemas contractuales que se ajusten a las preferencias (sesgadas) de los consumidores puede conducir a la oferta precios que se alejan de la eficiencia.

[34] Así, por ejemplo, cuando se ofrezca de forma combinada por el profesional del crédito o entidades de su grupo la venta de inmuebles y la financiación necesaria para su adquisición.

El principio de representatividad se refiere a la implantación de los índices en el mercado con el objetivo de reforzar su conocimiento y control[35], excluyéndose así los poco significativos..

El principio de independencia está íntimamente vinculado a la prohibición de la determinación del precio de la operación mediante la exclusiva voluntad de una de las partes y en la práctica proscribe el empleo de índices cuyos valores resulten de acuerdos colusorios o prácticas conscientemente paralelas entre las entidades que reportan operaciones para su conformación o del abuso de posición dominante en el mercado relevante.

El principio de objetividad se refiere a la aptitud del procedimiento de conformación de los valores del índice en cuestión mediante procedimientos matemáticos o financieros objetivos y, por ende, comprobables.

Así, actualmente, las autoridades públicas consideran cumplidores de dichos principios y, por tanto, adecuados para la utilización en el tráfico económico por parte de los profesionales de la financiación los siguientes índices financieros[36]:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.

c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

d) Euribor a un año.

e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

El cumplimiento de estos principios a cuya garantía vienen obligados tanto los financiadores profesionales como las autoridades supervisoras facilita la accesibilidad a los datos que arrojan estos índices financieros. De esta manera, se proporciona a los profesionales de la financiación una herramienta para el cumplimiento del especial deber de transparencia con el consumidor que deriva de la buena fe objetiva exigible en el tráfico económico y todavía más en la modalidad de contratación en masa y con empleo de condiciones predispuestas.

Como cualquier información que reduzca la incertidumbre de los operadores económicos, la producción y distribución de la información relativa a los *proxys* del precio de mercado del capital, requerida para aumentar la transparencia del mercado relevante, puede abaratar en abstracto y de manera hipotética los costes de coordinación entre los oferentes competidores

[35] Asimismo, la menor representatividad del índice respecto del conjunto del mercado de crédito puede implicar riesgos adicionales para los consumidores como mayores y más impredecibles oscilaciones de sus valores o la concurrencia de sesgos desconocidos o poco conocidos por los mismos.

[36] Vid. Art. 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

del mismo que se encuentran en el lado de la oferta. Tal y como veremos más adelante al tratar específicamente el caso del IRPH, esta circunstancia es especialmente relevante en aquellos índices financieros empleables por los financiadores profesionales que operan en España y cuyos valores periódicos se conforma a partir de la agregación de los valores reportados por los mismos.

2.4. Circunstancias de la contratación en el mercado relevante

El primer estadio al que se enfrenta un consumidor medio en el momento de contratar un determinado préstamo es decidir sobre sobre la tipología del interés remuneratorio o precio.

La decisión entre un tipo u otro puede venir motivada por distintas causas. A principios de 2020, alrededor de un 40% de préstamos hipotecarios eran a tipo fijo[37]. En cambio hasta el 2015 los contratos hipotecarios a tipo fijo no alcanzaban el 10% del total de contratos suscritos. La coyuntura económica, las circunstancias particulares de los deudores y su aversión al riesgo de tipo de interés son, sin lugar a duda, factores clave que influyen en la decisión. Por tanto, un consumidor con una elevada aversión al riesgo podrá verse motivado a contratar un préstamo a tipo fijo, puesto que *ex ante* sabrá el coste del mismo y con ello, el riesgo de tipo de interés pesará únicamente sobre el prestamista por toda la duración del contrato. Por otro lado, en momentos de expansión económica y por tanto de tipos medios altos a corto el consumidor puede verse inducido a contratar un préstamo de tipo variable con la expectativa que una posible bajada de tipos más adelante se reflejará positivamente en el precio de su préstamo.

La primera pregunta que debemos formularnos versa sobre la posibilidad de que el consumidor medio no distinga entre préstamos a tipo fijo o a tipo variable, puesto que ésta será la primera decisión a la que se enfrentará en el mercado. Esa situación vendría motivada por el hecho de que no se pueda hacer una comparativa precisa sobre el precio del contrato.

Al hilo de esta pregunta debemos analizar ahora, la posición de la otra contraparte en el contrato: el prestamista.

El prestamista ofrece las alternativas de préstamo ajustadas al consumidor de tal forma que busca una combinación adecuada entre los distintos riesgos a los que se enfrenta. Es decir, la cartera de un prestamista con un número elevado de contratos de financiación (como sucede en el mercado hipotecario español) busca un cierto equilibrio entre posiciones muy seguras y otras altamente arriesgadas. Por ejemplo, el tipo de interés de un préstamo a un deudor con un riesgo positivo de insolvencia no podrá ser el mismo que el de un deudor con garantías sobradas y plena solvencia. Los tipos de vencimiento influencian el horizonte temporal del préstamo y por ende, también pueden tener un impacto en la alternativa ofertada.

En el caso de los préstamos de tipo de interés referenciados a un determinado índice, el prestamista desconoce la evolución futura de los mismos y por tanto, incurre en mayor riesgo al optar por uno de estos contratos frente a uno de tipo fijo. Es racional que intente buscar un precio del contrato que lo sitúe en una posición indiferente entre ofrecer tipos fijos o tipos variables. Concretamente, con esa posición podrá captar un abanico más amplio de

[37] Datos extraídos de la sección estadística hipotecaria del INE (https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736170236&menu=ultiDatos&idp=1254735576757) (Último acceso el 08/07/2020).

preferencias de los prestatarios y, por ende, llegar a un mayor número de potenciales clientes, intentando ganar así una cuota de mercado superior.

2.5. El sesgo de retrospección en la evolución de un índice financiero y su indebida utilización como parámetro de "abusividad" y/o "intransparencia"

Una crítica habitual utilizada por la jurisprudencia a los contratos de financiación con cláusulas de referenciación[38] a índices IRPH se ha fundamentado en que la evolución de dichos índices se ha revelado a posteriori más desfavorable a los intereses de los prestatarios en comparación con otros índices, en particular el EURIBOR. La perspectiva retrospectiva consistente en valorar la evolución de un préstamo referenciado a un determinado índice una vez se ha contratado es totalmente incompatible con lo que dispone la Directiva 93/13 y en esencia, resulta por completo inadecuada para valorar las posiciones de las partes. La práctica, a nuestro juicio errónea, de valoración *ex post* de la evolución de los índices como método posible para enjuiciar la posible abusividad de cláusulas contractuales nos puede llevar a conclusiones absurdas. En concreto, siguiendo esta lógica, sería conveniente comparar la evolución de los tipos variables con la alternativa de tipo fijo. Resulta perfectamente posible que un deudor acabara pagando menos en una alternativa de tipo variable (cuando la evolución de los tipos fuera a la baja) que la alternativa del tipo fijo y no por eso debemos considerar las cláusulas de tipo fijo como abusivas o altamente perjudiciales para el consumidor medio.

3. Sobre la presunción de mayor transparencia de las cláusulas de referenciación que emplean los índices IRPH

4. 3.1. La validez intrínseca de las cláusulas de referenciación IRPH

El análisis sobre la transparencia y el funcionamiento de los índices financieros habitualmente empleados en las cláusulas de referenciación para la determinación del precio en contratos de financiación debe diferenciarse de la plausible transparencia en sí de las cláusulas predispuestas que los incorporan. Es decir, no debe confundirse la cláusula predispuesta incorporada al contrato por la que se determina su precio con los elementos que la misma contiene y conforme a los cuales se lleva a cabo tal determinación, n nuestro caso, el índice que representará la parte variable del precio.

Las cláusulas predispuestas, sean condiciones generales o individuales, de referenciación a un determinado índice financiero son por sí mismas plenamente válidas siempre que persigan objetiva y adecuadamente la finalidad de adaptar el precio del contrato durante su vigente a los tipos de mercado. O lo que es lo mismo, la cláusula de referenciación con empleo de índices financieros como los IRPH sirve para definir -por referencia a la evolución del mercado- el elemento esencial de la configuración del contrato.

Siendo el precio un elemento esencial del contrato, la cláusula predispuesta que lo determina opera como elemento que distribuye el excedente contractual generado por el contrato, entendido este como el mayor valor de bienestar socioeconómico que obtienen las partes a resultas de la operación. En consecuencia y en justificada ausencia de controles judiciales de precios en las operaciones del mercado de financiación bancaria en nuestro sistema, no cabe

[38] Cuestión prejudicial planteada por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona.

control directo de abusividad o validez intrínseca de las cláusulas de referenciación, quedando esta únicamente a expensas de un juicio o control de transparencia y a su resultado.

3.2. Alcance y función del control de transparencia en las cláusulas predispuestas: transparencia estricta y razonabilidad del contenido predispuesto

El control de transparencia se erige como un mecanismo de evaluación *ex post* de la concurrencia o no del riesgo generado por el predisponente de representaciones inexactas del adherente sobre el contenido y las implicaciones de una cláusula predispuesta en atención a las circunstancias que rodearon la adhesión. Es decir, la intransparencia de una cláusula predispuesta se basa en la insuficiencia de información o de la falta de idoneidad de la información suficiente que, por su configuración y/o forma de presentación, no permite al adherente consumidor conocer unas consecuencias patrimoniales para el mismo que se apartan de lo razonablemente esperable en atención a las circunstancias de la contratación. Todo ello, con independencia de que la intransparencia sea objetiva e idónea para constituir engaño o no.

Dicho riesgo está asociado al conflicto de interés que el predisponente padece al ser el encargado de diseñar y ofertar el contenido contractual mediante la predisposición de las condiciones generales o individuales y que podría materializarse en la creación de una situación objetiva de desinformación al potencial adherente mediante la anteposición de sus intereses exclusivos de parte en el contenido de las cláusulas predispuestas al separarse, injustificadamente y en beneficio exclusivamente propio bien del derecho supletorio para el caso de las cláusulas accesorias bien de lo que hipotética y razonablemente acordarían dos partes independientes que negociasen persiguiendo sus recíprocos intereses en condiciones de igualdad para el caso de las cláusulas referidas a los elementos principales del contrato[39].

Es decir, dicho control se dirige a evaluar si en la presentación y plasmación de la mencionada cláusula, el empresario financiero predisponente ha sucumbido o no al conflicto de interés que tiene respecto de los intereses del cliente adherente. Y es que, al ser la entidad predisponente la encargada de redactar de antemano los términos y condiciones de la relación contractual en la moderna contratación en masa, la misma podría aprovechar el ejercicio de esa facultad para anteponer excesiva e injustificadamente sus intereses particulares a los intereses del adherente[40].

Este control *ex post* constituye un mecanismo esencial de garantía tanto de la actuación libre y racional de los consumidores en los mercados dominados por la contratación en masa basada en condiciones predispuestas, como de la justicia por eficiencia de este tipo de prácticas comerciales. El control de transparencia es especialmente importante cuando se refiere a cláusulas predispuestas que contienen elementos principales del contrato como el precio o tipo de interés en el caso de los contratos de financiación bancaria, que es precisamente la función de las cláusulas de referenciación de índices financieros. En las cláusulas relativas a este tipo de elementos el control de transparencia *ex post* es especialmente indispensable para sostener *ex ante* la justicia por eficiencia de la relación contractual.

[39] (SUÁREZ, 2017b) y (SUÁREZ, 2020).
[40] (SUÁREZ, 2020).

A los efectos de colmar la transparencia exigible, el predisponente debe acreditar que el adherente medio podría conocer y comprender objetivamente las implicaciones contractuales de la cláusula predispuesta durante la vigencia de la relación contractual. Y ello a partir de las circunstancias que rodean habitualmente los tratos preliminares (información precontractual), la literosuficiencia y autosuficiencia del contenido de la cláusula en cuestión, su configuración gráfica en el documento o soporte duradero en el que se inserta y su relación con el restante clausulado.

Para el caso concreto de las cláusulas predispuestas de determinación futura del tipo de interés remuneratorio por referenciación a los índices IRPH, tal y como ya se apuntaba en (SUÁREZ, 2017, págs. 29-43), en una línea similar a la del Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 14 de diciembre de 2017, el principio de transparencia exigible en la contratación en masa con condiciones predispuestas se traduce en *un especial deber de las entidades financieras predisponentes de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre las siguientes circunstancias: (i) la definición legal del índice elegido por las partes, (ii) los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y los términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados y (iii) la indicación del método de comprobación de los valores del índice.*

La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 vino a coincidir esencialmente con esa aproximación al problema. No obstante, la mención relativa a la importancia del suministro de información en sede del control de transparencia sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés ha querido ser interpretada en el sentido de que se impone un deber esencial e inexcusable a los predisponentes de documentación precontractual que contenga una evolución histórica en forma de infografía de los IRPH empleados para la determinación del tipo de interés variable.

En nuestra opinión, por el contrario, *se colma la transparencia necesaria con la mera puesta a disposición o comunicación suficiente al adherente de los métodos o vías de conocimiento de los valores del índice en cuestión, tanto históricos como prospectivos*. Así, por ejemplo, la comunicación o puesta a disposición al potencial adherente de los lugares de publicación y, en algunos casos, archivo de valores históricos (boletines oficiales, páginas webs o diarios de gran circulación) de los valores del índice financiero colmarían la buena fe objetiva exigibles al predisponente.

Tampoco creemos que pueda interpretarse que exista un deber de información del predisponente relativo a la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo de interés que implique una exigencia de indagación retrospectiva y puesta a disposición del consumidor de dicha información en términos gráficos o comparativos con otros índices financieros como el EURIBOR.

Al respecto, en primer lugar, compartimos el argumento del profesor Pantaleón[41], *consistente "en que a nadie sensato se le ocurre que el TJUE fuera a incurrir en el monumental absurdo de imponer para la cláusula IRPH requisitos de transparencia material que no estaría cumpliendo, para empezar y coetáneamente, la cláusula Euribor".*

[41] (PANTALEÓN, 2020).

Y en segundo lugar, creemos, tal y como ya apuntábamos en (SUÁREZ, 2017, págs. 438-446), que *la exigencia de la puesta a disposición de comparaciones entre índices financieros basadas en su evolución retrospectiva generaría* dos riesgos relevantes de representación errónea de la función del índice y de la cláusula que lo contiene por parte del adherente. Por un lado, la presentación gráfica de este tipo información retrospectiva genera objetivamente l riesgo de que el adherente otorgue al índice financiero una finalidad similar a la de la inversión financiera de capitales, cuando, como hemos visto reiteradamente, la función del mismo es facilitar la adaptación del precio del contrato. Y por otro y con carácter adicional, la selección y presentación de determinada evolución histórica de un índice financiero conlleva el *nada desdeñable riesgo de responsabilidad de la entidad predisponente por las representaciones sobre el comportamiento futuro del índice, que, objetivamente, podría realizarse un cliente medio en caso de que, eventualmente y a tenor de la efectiva evolución futura del índice, dichas representaciones resultasen inexactas.*

En definitiva, creemos que no puede retorcerse uno de los elementos que pueden ser tenidos en cuenta en el control de transparencia hasta el punto de convertir su concurrencia en una forma determinada, la cual generase un mayor riesgo de representación errónea de la cláusula en los potenciales adherentes que el que precisamente se pretende evitar con la imposición del cumplimiento de ese especial deber de transparencia.

3.3. Sobre la injustificada extensión del control de transparencia a la evolución de los índices y la disimulada intención de renegociar los términos y condiciones del contrato

Teniendo en cuenta que la función consustancial a las cláusulas referenciación a índices financieros para la determinación futura del tipo de interés remuneratorio y su adaptación a valores de mercado viene motivada por la incertidumbre en el conocimiento de los estados futuros del mundo, es a todas luces evidente que escapa al control tanto del adherente como del predisponente realizar predicciones confiables y utilizables para reducir *ab initio* la incertidumbre sobre la evolución del mercado y los índices como *proxies* que intentan concretarlo. De hecho, el grado de incertidumbre que padecen ab initio las partes explica la habitual presencia de cláusulas limitativas a la variabilidad del precio o tipo de interés remuneratorio como las cláusulas suelo y cláusulas techo en los contratos financiación bancaria.

Por ello, no cabe transformar el especial deber de actuar de manera transparente por parte de los predisponentes con un deber de averiguación exacta de las eventuales consecuencias patrimoniales de la ejecución del contrato. Esa desconfiguración del deber de actuar de manera transparente sería de imposible cumplimiento (*ad impossibilia nemo tenetur*).

De hecho, de disponer los predisponentes de la capacidad para llevar a cabo dicha averiguación, sería irracional por su parte no anticipar tal devenir futuro y preferir incorporar cláusulas de referenciación a elementos como los índices financieros sobre los que no tienen capacidad de influencia directa y suficiente.

El control de transparencia se ha de realizar al tiempo de contratar, de forma abstracta y en ningún caso de manera retrospectiva por comparación al ahora conocido devenir contractual de otras ofertas comerciales.

Al respecto y en relación con la insistente comparación entre la evolución de diferentes índices que pretenden muchos litigantes, cabe tener en cuenta tres circunstancias indispensables.

En primer lugar, a priori y en abstracto, las cláusulas de referenciación a un índice financiero adaptan el precio del contrato en interés -beneficio o perjuicio, si se prefiere- de ambas partes. Esto contrasta, por ejemplo, con las cláusulas suelo en las que se limita única y exclusivamente la reducción del precio derivada de la variabilidad del tipo de interés en beneficio del acreedor.

Ahora bien, no conviene confundir que en abstracto la variabilidad del tipo de interés a la baja que crea una cláusula suelo beneficie al subjetivo interés del acreedor financiero en mantener el mayor precio posible con el hecho de que dichas cláusulas reduzcan necesariamente la ganancia del excedente contractual del deudor vinculado por las mismas. Y es que la incorporación de tal limitación a la baja puede verse compensada desde el punto del excedente contractual atribuible al deudor por otras condiciones contractuales (inclusión de limitaciones al alza del tipo, menor diferencial, spread aplicable en la determinación del tipo de interés o mayor plazo de devolución, menores comisiones). Es decir, no cabe equiparar la limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés que comporta una cláusula suelo con una finalidad exclusivamente expropiatoria del excedente contractual del deudor adherente por parte del acreedor. De ahí, que las cláusulas suelo no carezcan en todo caso de razonabilidad para las partes.

En segundo lugar, tal y como señaló el Tribunal Supremo, la comparación retrospectiva en la evolución de los valores de los índices entre IRPH y EURIBOR es inadecuada porque no se tiene en cuenta el respectivo diferencial aplicable. Al respecto, añadimos una cuestión que se pasa sistemáticamente por alto, si presumimos que los operadores de un mercado como el de la financiación bancaria son racionales. Con contratantes racionales, podemos presumir que una oferta de financiación bancaria a un consumidor de un cierto tipo, sea indexada a IRPH o lo sea a cualquier otro índice, tenga inicialmente el mismo o similar precio esperado en el momento de contratar. *Ceteris paribus*, ninguna entidad financiera racional concluirá una operación de financiación con precios iniciales sustancialmente diferentes en función del índice que se emplee para adaptar en el futuro el tipo de interés.

Esta circunstancia, que debería ser fácilmente comprobable con elementos homogéneos como las tasas anuales equivalentes de las ofertas de financiación disponibles, sería especialmente reveladora, pues serviría para despejar la duda sobre la existencia de una especial e interesada intencionalidad en la elección de una oferta de financiación a tipo variable por referenciación a un índice financiero concreto.

En tercer y último lugar, en un mercado con libre competencia, aunque de estructura necesariamente oligopolítistica, si el mercado hubiese determinado la menor idoneidad y adecuación de los índices IRPH para la adaptación del precio de contrato a la evolución de los tipos de mercado mediante su empleo en cláusulas de referenciación, resulta sumamente revelador que ninguno de los operadores haya detectado tal circunstancia y haya acaparado cuota de mercado lanzando una guerra de captación de clientela mediante subrogación del acreedor al amparo de lo previsto en el artículo 1.211 del Código Civil y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de que esta cuestión merecería un mayor estudio, intuimos que ello es así porque los precios que arrojan los contratos referenciados al IRPH arrojan valores muy próximos a la

media del mercado. Si nuestra intuición fuese cierta, sería fácil concluir que las cláusulas de referenciación IRPH están realizando razonablemente bien su función, pues estarían facilitando la adaptación del precio de la financiación a los tipos de mercado reduciendo o excluyendo el incentivo para que los profesionales de la financiación intenten robarse clientes[42].

3.4. Sobre la presunción de mayor transparencia de las cláusulas que emplean los índices IRPH en comparación con otros índices

A pesar de que el control de transparencia de la cláusula por la que se referencia el contrato al IRPH (*rectius,* IRPH's) no debe realizarse nunca por contraposición directa con las cláusulas de indexación al EURIBOR (*rectius*, EURIBOR a 1 año o 12 meses), no menos cierto es que por la propia definición y modo de conformación de los diferentes IRPH, las cláusulas que los empleen tenderán a gozar de una mayor comprensibilidad que aquellas que empleen el EURIBOR y, por tanto, gozarán de una presunción de mayor transparencia que aquellas.

En las líneas que siguen procederemos al análisis abordando distintas cuestiones que influyen en el grado de transparencia material que ofrecen sendas opciones, ahondado así en cuestiones como la definición de los índices, la información disponible sobre los mismos, entre otros que resultan elementos clave para que la exigencia que impone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vea satisfecha[43].

3.5. Contraste de circunstancias entre los índices EURIBOR y los índices IRPH que revelan la mayor transparencia de este último

El EURIBOR corresponde al acrónimo inglés que se refiere al tipo medio al que hipotéticamente se prestarían dinero a un plazo determinado un gran número de bancos europeos.

No existe un único índice EURIBOR sino que en la actualidad coexisten 5 tipos distintos en función del plazo al que se sometería la teórica operación (en el pasado llegaron a ser hasta 15). Nos referimos al EURIBOR a una semana, a un mes, a tres meses, a seis meses y a doce meses o un año.

La propia existencia de múltiples índices, todos identificados en parte por las mismas siglas genera, un mayor riesgo objetivo de confusión en la contratación pues a efectos del mercado de financiación hipotecaria en nuestro país las autoridades públicas solamente recomiendan el empleo del EURIBOR a doce meses o un año. Evidentemente, la cotización de cada índice es siempre distinta.

A ese respecto, cabe presumir que la multiplicidad de índices EURIBOR implicará una mayor exigencia de claridad y concreción a las cláusulas de referenciación que empleen el EURIBOR a doce meses o un año ya que la no explicitación en ese sentido genera el riesgo de confusión al posible contratante adherente. Nótese que para el "consumidor medio"[44] al que se refiere el

---

[42] En (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2017, p. 1-20) se nos ofrece una explicación similar para las prácticamente inexistentes subrogaciones entre entidades bancarias en los casos de cláusulas suelo.

[43] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 3 de marzo de 2020 impuso como único requisito de transparencia material que *"un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"*[43]en el momento de contratar hubiera tenido acceso a la información relativa a los elementos esenciales del cálculo del IRPH y a la evolución pasada del índice.

[44] Vid. Nota 1.

TJUE como parámetro de enjuiciamiento subjetivo del control de transparencia lo razonable es identificar al EURIBOR como un único y exclusivo índice financiero.

Resultaría, por tanto, confuso que el posible deudor pueda iniciar una negociación por su contrato de financiación negociando en base a las expectativas que se ha generado por la cotización de un determinado índice de EURIBOR, cuando en realidad, el contrato se verá condicionado por la cotización de un índice EURIBOR con vencimiento distinto. Es evidente que este tipo de error sería relevante y no casaría con el objetivo de las exigencias de transparencia material a las que nos estamos refiriendo.

En todo caso, cabe destacar que los diferentes índices EURIBOR se han venido conformando con base en métodos prospectivos o de encuesta. Así, las entidades reportantes comunican diariamente una estimación del prospectivo precio al que realizarían las operaciones de depósito interbancarias con las restantes entidades reportantes. Para la determinación de los valores de los índices se eliminan de las hipotéticas ofertas aquellas que representan el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos recolectados[45] y se realiza una media de las restantes. Este tipo de conformación de valores de los índices se basa en estimaciones ex ante operaciones hipotéticas y no reales. Estas circunstancias favorecieron los casos de manipulación de los reportantes desvelados por alguno de ellos y sancionados por la Comisión Europea con el objetivo de mantener los valores de cotización de los índices EURIBOR lo más bajo posible.

La definición común de los diferentes índices IRPH es *la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos, cajas de ahorros o conjunto de entidades*[46]. De una lectura de la misma se concluye fácilmente que los índices consisten en una media de los tipos medios de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años.

En base a dicha definición, el consumidor medio del mercado de financiación bancaria para la adquisición de vivienda puede deducir que los índices IRPH son esencialmente una media del precio de operaciones homologas a las que el mismo tiene interés en subscribir y que, a diferencia de las operaciones que conforman los diferentes índices EURIBOR, han sido previa y efectivamente realizadas.

De hecho, la idéntica naturaleza de las operaciones que sirven para conformar los valores a las que habitualmente referencian su precio al índice facilitan objetivamente y en mayor medida que los índices EURIBOR la objetiva comprensibilidad que tendría un consumidor medio que adhiriese a un contrato de financiación con referenciación al IRPH (*rectius,* a alguno de los índice IRPH) para la determinación el tipo de interés remuneratorio.

Asimismo, la propia definición y reglas de conformación y publicación de los índices EURIBOR se realizan en inglés. La disponibilidad de la información sobre este índice en un idioma

[45] Definición del portal oficial sobre los tipos EURIBOR (https://www.euribor-rates.eu/es/.) (Último acceso el 08/07/2020).

[46] Definición del Portal del Cliente Bancario del Banco de España (https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/tipo_referencia_oficial_mercado_hipotecario.html). (Último acceso el 08/07/2020).

diferente al español representa una barrera informativa y de comprensión superior al consumidor de operaciones de financiación bancaria.

Es decir, el idioma mayormente empleado para la definición, configuración y publicación de la información de los índices es un elemento que coadyuva a un mayor grado de comprensibilidad del

Asimismo, teniendo en cuenta este perímetro objetivo de operaciones hipotecarias que sirven para su conformación y dado el ámbito geográfico de actuación de las entidades reportantes coincidentes con el territorio nacional de España es evidente que la utilización del IRPH es en abstracto más idónea para adaptar a precios del concreto mercado relevante de la financiación bancaria[47]. En contraste, los diferentes EURIBOR, aunque igualmente aptos para perseguir la adaptación de contratos de financiación en abstracto, se basan hasta el momento la percepción del precio de la financiación interbancaria y, por tanto, se referirían a hipotéticas operaciones de un mercado mayorista diferente a la de la financiación bancaria *retail*, se basarían en un número infinitamente inferior de operaciones hipotéticas pues se limita a las que teóricamente realizarían las entidades reportantes.

Lo hasta aquí expuesto evidencia que, *ceteris paribus,* resulta de más fácil comprensión la definición y la conformación de los índices IRPH que los índices EURIBOR.

4. Límites en la determinación futura de los precios de contratos de financiación hipotecaria

4.1. La validez de la mera determinabilidad inicial del precio y el límite de la exclusiva voluntad de una de las partes

Como hemos expuesto anteriormente al hacer referencia a las diferentes opciones de las que disponen las partes de contratos de financiación para la configuración del precio, la determinación del precio en un contrato puede estipularse de forma absolutamente predeterminada *ex ante* a la ejecución de la relación contractual, como sucede con las modalidades de financiación a tipo de interés remuneratorio fijo. De lo contrario, puede dejarse para una determinación futura acompasada a la ejecución del contrato. Es decir, la autonomía de la voluntad de las partes que prescribe nuestro Código Civil en su artículo 1255 permite la libertad de precios, facultando a las partes para que *ab initio* configuren el precio conforme a parámetros de mera determinabilidad inicial, confiando su plena determinación a fases futuras tras el inicio de la ejecución del contrato. En este sentido, es especialmente revelador lo previsto en el artículo 1447 del Código Civil en sede de compraventa: "*para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.*"[48]

Esta posibilidad de mera determinabilidad *ex ante* del precio o tipo de interés remuneratorio es la que ampara que el acreedor financiero profesional pueda estructurar y predisponer su oferta a tipo de interés remuneratorio variable en el mercado de la financiación. Así, el potencial

[47] No hay que olvidar que el mercado de los servicios bancarios es esencialmente de alcance nacional tal y como ha mencionado en reiteradas ocasiones la Comisión Europea (*Caso núm.8414 DNB/Nordea/Luminor Group* de 14 de septiembre de 2017).
[48] Vid. Artículo 1.447 del Código Civil.

cliente es llamado a elegir entre las diferentes ofertas predispuestas en el mercado por los profesionales del crédito y adherirse esencialmente sobre la base del precio ofertado[49].

Ahora bien, no cabe confundir el hecho de que la moderna contratación en masa se base en gran medida en la predisposición del marco contractual a cargo del financiador profesional, lo que permite el abaratamiento de los costes de transacción del mercado de la financiación y facilita la competencia basada en el precio, con el hecho de que se considere jurídicamente válido otorgarle la facultad para ir determinando unilateralmente y en base a su exclusiva voluntad el precio de la relación contractual durante toda su vigencia una vez la contraparte ha aceptado la misma por adhesión. La radical contrariedad a Derecho de tal facultad se sustenta en que, a partir del momento en que quedase contractualmente vinculado, el adherente deudor se convertiría en una contraparte cautiva y, por tanto, objetiva y potencialmente explotable por el acreedor en virtud de su exclusiva voluntad.

Y es que al igual que el Código Civil reconoce la validez de la mera determinabilidad inicial del precio del contrato, también fija como un límite absoluto a tal posibilidad que la concreción futura del mismo recaiga en el exclusivo arbitrio de una de las partes. Este límite trae causa directa y general del artículo 1.256 del Código Civil según el cual *"la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*[50]. El trasunto más evidente de dicho límite es el explícitamente previsto para el precio de la relación contractual en el artículo 1.449 del Código Civil y que dispone que: *"el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*[51].

4.2. La validez intrínseca de las cláusulas de determinación futura del precio por referenciación: el anclaje del artículo 1.448 del Código Civil y del artículo 85 de la Ley de Consumidores y Usuarios

Para cohonestar el principio de mera determinabilidad inicial del precio y la prohibición de confiar la concreción de la determinación futura del mismo a la exclusiva voluntad de una de las partes nuestro derecho vigente permite la determinación futura del precio por referenciación o mediante proxys del valor de mercado del objeto o prestación del contrato o de bienes que permitan la valoración del mismo en atención a esos parámetros de mercado. Esta técnica de la determinación futura del precio contractual ha venido recogida en nuestro Código Civil desde su promulgación. Así, su artículo 1.448 del Código Civil dispone que: *"se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto"*[52].

Nótese como las referencias relativas al carácter fungible, *tanto mayor o menor* o a la comercialización a través de bolsas y mercados recogidas en el precepto evocan principios como los de objetividad (cálculos aritméticos), transparencia (conocimiento en lugares públicos), independencia (dependen del mercado y no de las partes) y, en menor medida, representatividad (conjunto de transacciones y no solamente una operación concreta). Principios todos estos que son los exigibles a los índices financieros válidamente empleables en

[49] (ALFARO y PAZ-ARES, 1991, págs.. 6-30).

[50] Vid. Artículo 1.256 del Código Civil.

[51] Vid. Artículo 1.449 del Código Civil.

[52] Vid. Artículo 1.448 del Código Civil.

el mercado de la financiación con intermediarios profesionales y a cuya vigilancia vienen especialmente obligados tanto sus respectivos administradores como las autoridades públicas administrativas que supervisan la transparencia de la contratación en dicho mercado.

Por ello, consideramos que la actuación de las autoridades públicas creando y gestionando índices como los IRPH o seleccionando aquellos índices financieros que reúnen asimilables requisitos de objetividad, independencia, transparencia y representatividad como el EURIBOR para su válido uso en el mercado de la financiación con profesionales consiste esencialmente en una actualización del sustrato originario del artículo 1.448 del Código Civil.

Por ello, creemos que las cláusulas de referenciación a índices como el IRPH deben entenderse como el paradigma moderno actualmente aplicable al mercado de la financiación con entidades de crédito de los mecanismos de determinación recogidos originariamente en el artículo 1.448 del Código Civil[53], tomando una interpretación actualizada y ajustada del mismo, según la realidad social del tiempo en que debe ser aplicado[54].

De esta manera, la referenciación al IRPH para la determinación periódica del tipo de interés remuneratorio de los contratos de financiación no solamente es plena y absolutamente válida no solamente al amparo del artículo 85.3 de la Ley de Consumidores y Usuarios, tal y como expuso la STS de 14 de diciembre de 2017[55], sino también al amparo de lo previsto en el artículo 1.448 del Código Civil.

El IRPH opera como un mecanismo mediante el que se establece una *proxy* del valor de mercado que sirve para mitigar la incertidumbre inicial de las partes sobre el precio del contrato durante toda su vigencia. En idéntica lógica las cláusulas de referenciación a un índice financiero como el IRPH no dejan de ser un mecanismos contractuales de automática revisión periódica del precio de los contratos de financiación perfectamente válidas.

Este tipo de mecanismos de revisión automática traen causa inmediata las consideradas como válidas facultades *concedidas a un contratante relativa a la revisión o modificación del precio convenido inicialmente sobre la base de fundamentos objetivos o con referencia a parámetros no controlados por esa parte*[56].

---

[53] El artículo 1.448 del Código Civil dispone que: "se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto".

[54] Interpretación de acorde con el art. 3 CC.

[55] El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo.

[56] Tal y como recoge (GÓMEZ POMAR, 2018, págs. 243-254), en la moderna contratación es cada vez más frecuente encontrar atribuciones contractuales de facultades unilaterales a favor de una de las partes que responden a legítimos intereses comunes y, por tanto, cuya validez es incuestionable. Esta le ha llevado a sostener al menos en contratos negociados entre las partes, el arranque de las soluciones jurídicas para el tráfico contractual debiera partir del hecho de que, en presencia de una previsión acordada por los contratantes que contemple mecanismos unilaterales en favor de una de las partes para completar el acuerdo alcanzado, es razonable suponer que es su validez lo que se ajusta mejor a la voluntad común y al

4.3. Las expectativas razonables de las partes de un contrato de financiación con tipo de interés variable referenciado

En torno al precio de un contrato de financiación, acreedor y deudor tienen posiciones subjetivas contrapuestas. El acreedor tendrá la posición particular de que el precio sea el mayor posible para maximizar la parte del excedente contractual que crea la operación y el deudor tendrá la posición subjetiva contrapuesta de maximizar su propio excedente en la operación mediante el pago del menor precio posible. Así el precio constituye el ejemplo paradigmático de elemento distributivo[57] del excedente contractual entre las partes en el marco que constituye el contrato.

Siendo el precio un elemento esencial del contrato, las cláusulas predispuestas relativas a la determinación del mismo como las que referencian el tipo de interés remuneratorio al índice IRPH no están sometidos a control validez o abusividad. Es decir, ni el precio está sometido a control judicial ni tampoco las cláusulas contractuales predispuestas que lo contienen están, con carácter general, sometidas a control directo de contenido o abusividad alguno[58].

Ello es así porque nuestro sistema confía la justicia contractual de las cláusulas predispuestas relativas a elementos principales del contrato como el precio a la bondad de la libre competencia en el mercado. No obstante, para que la libre competencia produzca su bondadoso efecto de proveer bienes y servicios de manera eficiente es imprescindible que sea ejercida por los operadores económicos de conformidad con la buena fe objetiva. Esta exigencia de buena fe en el ámbito de la contratación bancaria en masa conlleva un especial deber de transparencia en el proceso de comercialización y formalización de las operaciones comerciales de las entidades predisponentes en relación con los elementos principales del contrato ofertado como el precio. La exigencia de buena fe objetiva y de transparencia precluye además que el contenido preconfigurado de la oferta desborde en perjuicio del eventual adherente las razonables y objetivas expectativas que pudiese tener en atención a las circunstancias que rodean la contratación.

Es decir, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato solamente pueden ser sometidas directa y generalmente a exigencias de claridad, comprensibilidad y razonabilidad. Como hemos apuntado anteriormente y a diferencia del contraste con el derecho supletorio que caracteriza al control de contenido o abusividad de las cláusulas relativas a elementos accesorios del contrato, respecto a elementos principales del contrato como el precio el control

---

servicio de los legítimos intereses de las partes cuya promoción constituye el primer objetivo del Derecho de contratos.

[57] (GÓMEZ y ARTIGOT, 2020, págs. 7-100).

[58] No obstante, recientes pronunciamientos del TJUE y opiniones del Abogado General han generado, en nuestra opinión, la confusión sobre la procedencia de un control de contenido o abusividad estricta incluso para las cláusulas predispuestas que definen elementos principales del contrato como el precio.
Vid. Las conclusiones del abogado general en el asunto Gómez del Moral o las sentencias Abanca Corporación Bancaria y Bankia (http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=217553&text=&dir=&#Footref1). (Último acceso el 08/07/2020).
Especialmente confusa se antoja la opinión del AG en relación con la cláusula de referenciación IRPH según la cual sobre la misma no habría una exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

judicial de transparencia se caracteriza por comprobar la objetiva comprensibilidad de las cláusulas predispuestas que lo contienen y por contrastar el contenido predispuesto con el hipotético contenido que habrían podido negociar dos partes independientes con intereses contrapuestos.

En relación con este último juicio de razonabilidad, se puede deducir fácilmente que las expectativas subjetivas de predisponente y adherente ni son ni pueden ser un parámetro de enjuiciamiento, valoración o contraste objetivo de la razonabilidad de los términos y condiciones predispuestos de una operación concreta pues estas expectativas son excluyentes entre sí y la elección de una en detrimento de la otra excluirá cualquier viso de justicia conmutativa.

4.4. Expectativas objetivas de las partes en la configuración del marco contractual de un contrato de financiación a tipo de interés remuneratorio variable

Como ya se apuntaba recientemente en (SUÁREZ PUGA, 2020), con las cláusulas de determinación periódica del tipo de interés por referenciación a índices como el IRPH los contratantes buscan la adaptación del precio del contrato de financiación durante toda su vigencia en atención a la evolución del mercado. O lo que es lo mismo, mediante la referenciación a índices financieros para la determinación del tipo de interés, las partes colman su más razonable expectativa en la incierta y futura determinación del tipo de interés: que la adaptación futura del precio de su relación contractual no dependa de la exclusiva voluntad de una de ellas (art. 1256 Código Civil) sino que se ajuste a las vicisitudes de los tipos prevalentes en el mercado.

Idéntica lógica se persigue, por ejemplo, con las cláusulas de estabilización de la renta conforme al índice de precios al consumo (IPC) en los contratos de arrendamiento de vivienda.

4.5. Diferencia con otras estipulaciones relativas al precio del contrato: el caso de las cláusulas suelo

Tal y como hemos apuntado anteriormente, las cláusulas suelo no constituyen estipulaciones expropiatorias o necesariamente reductoras del excedente contractual del deudor oferente pues su propia incorporación al contrato junto con otros elementos (diferencial del tipo de interés, limitaciones al alza, garantías, etc.), además de maximizar el excedente contractual conjunto, pueden incrementar la parte de ese excedente que retiene el deudor.

No obstante, con las cláusulas suelo es que en este último caso el predisponente es conocedor *ab initio* de, al menos, un posible estado del mundo futuro en el que la expectativa de variabilidad y adaptación del precio del contrato a precios de mercado se verá truncada por la limitación a la baja. Es decir, las cláusulas suelo (al igual que las cláusulas techo) rompen la expectativa de variabilidad ínsita a las cláusulas de referenciación. Este efecto de las cláusulas suelo constituye una separación o una atemperación de las expectativas que generan las cláusulas de referenciación pues conforme a las mismas lo esperable es que el precio se adapte al alza o a la baja durante toda la vida de la relación contractual.

Por ello, creemos que, aun cuando las cláusulas suelos sean estipulaciones que maximicen el excedente contractual que genera la conclusión de la operación de financiación, las mismas deban ser especialmente advertidas al adherente antes de ser incorporadas o consentidas (negociadas individualmente con el mismo.

En todo caso, en contratos de financiación con una larga duración (20 a 30 años), no existe exigencia de investigación y revelación imponible materialmente al predisponente conforme a la buena fe objetiva que debe imperar en el tráfico que permita garantizar el acierto en el alcance de las consecuencias patrimoniales de la ejecución de la relación contractual.

La incertidumbre y las incontrolables vicisitudes sobre elementos como, entre otros, el valor futuro del dinero, el valor de los bienes adquiridos con el capital adquirido, los escenarios macroeconómicos, la competitividad del mercado hace que sea materialmente imposible predecir no ya el alcance exacto de las teóricas y abstractas consecuencias patrimoniales de las obligaciones asumidas por las partes en la operación de financiación sino las expectativas en torno al excedente contractual efectivamente obtenido tras la ejecución.

Y es que si, como regla general, el contrato es un *plan de ordenación de un futuro complejo y necesariamente incierto*[59] aún más incierta es la cuantificación del efectivo excedente contractual de las partes.

4.6. Consecuencia lógica: inexistencia de un deber de colmar las expectativas subjetivas del adherente y alcance del deber de transparencia relativo a la cláusula de referenciación IRPH

Es evidente que la expectativa objetivamente razonable de acreedor y deudor en una cláusula de determinación futura del tipo de interés en un contrato financiación por referenciación a un índice financiero consiste precisamente en la adaptación del precio de la operación a valores de mercado.

La pretensión de exigir que lo razonable es solicitar al predisponente que ofrezca o hubiese ofrecido la cláusula de referenciación que contuviese el índice que retrospectivamente pareciese colmar en mayor medida la expectativa subjetiva del deudor de pagar el menor precio posible no se ajusta a los parámetros de la buena fe exigible por diversos motivos. Todo lo que no fuese esperable conforme a estas expectativas quedaría fuera del ámbito de razonabilidad.

En primer lugar, porque el juicio de razonabilidad sobre una cláusula predispuesta debe realizarse al momento de contratar y no a posteriori en función de desarrollos posteriores ligados a la ejecución o desenvolvimiento del contrato. Prueba de ello es que en el juicio de razonabilidad exigible a cláusulas predispuestas como, por ejemplo, la cláusula suelo ni siquiera se exige su efectiva aplicación ni se contrapesa su irracionabilidad por el hecho de que cláusulas como el techo se hubiesen aplicado.

En segundo lugar, porque la buena fe objetiva exigible al predisponente conlleva el especial deber de transparencia con el alcance que se adelantaba en 2017 y que reproducimos a continuación. Sensu contrario y debido a la imposibilidad de acertar en las expectativas subjetivas futuras de la parte adherente, sería desproporcionado tanto desde la perspectiva de los costes de transacción como desde la protección de la autonomía de la voluntad imponer un deber de garantizar al adherente que el resultado de la cláusula de referenciación predispuesta no solamente sirve para colmar la expectativa de adaptación del precio a valores de mercado sino también la subjetiva expectativa del adherente de disfrutar en cada momento de la

[59] (GÓMEZ y ARTIGOT, 2020, págs. 7-100).

estructura de determinación del precio que maximizase la parte del excedente contractual que retiene u obtiene.

En tercer lugar, porque la imposición de dicho deber de colmar las expectativas subjetivas del adherente no tendría como límite el contraste o límite de índices financieros que hubiese podido emplear o emplease el predisponente en su oferta comercial, sino que en idéntica lógica podría extenderse también a las modalidades de determinación del precio de tipo de interés fijo.

En cuanto lugar y último lugar, porque la imposición de tal deber al predisponente acreedor financiero equivale no solamente a la anteposición de la voluntad subjetiva y exclusiva del adherente deudor. Circunstancia que evidentemente queda precluida por lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

5. Posibles casos patológicos: las cláusulas de referenciación que prevén la congelación del tipo en caso de desaparición de los índices

Tal y como hemos apuntado anteriormente, las expectativas razonables en una hipotética contratación con dos partes independientes, que negociasen en un plano de igualdad buscando interesadamente sus respectivos intereses de buena fe sobre un contrato de financiación con tipo de interés remuneratorio variable, consistirían en la adopción de términos contractuales que permitiesen la adaptación del precio a valores de mercado durante toda la vida del contrato.

Siendo ello así, las cláusulas predispuestas que prevén la congelación del tipo de interés en caso de desaparición del índice o los índices previstos para la determinación del mismo plantean más que serias dudas sobre su razonabilidad en atención a los parámetros que acabamos de exponer. Y es que es evidente, que el efecto práctico de esta previsión es la congelación del último tipo de interés que hubiese podido determinarse conforme a los índices que desaparezcan o sean descontinuados para toda la vigencia del contrato lo que frustra la razonable expectativa de la adaptación del precio durante toda la vida del contrato.

En todo caso, apartándose esta previsión de las expectativas objetivamente razonables, corresponderá al predisponente demostrar la negociación individual de la misma.

5.1. La debida integración de los contratos de financiación bancaria carentes de estipulación relativa al tipo de interés

a. El IRPH-Entidades: su procedente y debida utilización como criterio de integración contractual y la doble naturaleza de la disposición adicional decimoquinta de la Ley

La inexistencia de reglamentación contractual relativa al tipo de interés bien sea por falta de pacto al respecto bien sea a consecuencia de la declaración de nulidad de una determinada cláusula predispuesta de determinación del tipo de interés como son casos de lagunas contractuales.

Se plantea así la cuestión sobre las consecuencias jurídicas ante una laguna contractual sobre el precio.

En un mercado como el de financiación bancaria profesional es indiscutible el carácter oneroso de los contratos de financiación. De hecho, incluso en ausencia o nulidad de las cláusulas de referenciación para la determinación del tipo de interés, en atención a otras cláusulas que se incorporan junto a la misma y a circunstancias de la contratación que habituales en este tipo de contratos, es a todas luces el carácter oneroso de las operaciones de financiación. Al respecto y por poner un sencillo ejemplo, las indicaciones relativas a la tasa anual equivalente de la operación, las cláusulas de intereses moratorios o las cláusulas de garantía hipotecaria en las que se establece la garantía de las obligaciones de pagos de intereses. Por ello, incluso en ausencia por nulidad de la cláusula de referenciación para la determinación del tipo de interés remuneratorio, resultaría incongruente con este marco contractual sostener una solución contraria al carácter esencialmente oneroso de las operaciones de financiación bancaria.

Lo que acabamos de apuntar es de especial importancia pues resulta sencillamente inverosímil que, en atención a las circunstancias que habitualmente rodean a la contratación de la financiación en el mercado bancario, la expectativa razonable del adherente consumidor medio fuese la de concluir un contrato gratuito y que la intransparencia de las cláusulas de referenciación para la determinación del tipo de interés sirviese para ocultar dicho carácter oneroso del contrato.

Teniendo en cuenta tanto esta naturaleza esencialmente onerosa de la financiación bancaria como el carácter esencial del precio y partiendo del principio de conservación del contrato como negocio jurídico, creemos que en caso de laguna contractual respecto al precio de la financiación será procedente la integración legal del contrato utilizando los criterios previsto en la legislación supletoria aplicable.

Es decir, ante la laguna contractual en un contrato esencialmente oneroso que pudiese genera la declaración de nulidad de aquellas cláusulas de referenciación a los IRPH que no superasen el control de transparencia, procede la integración del contrato.

Al respecto, creemos que la integración de los contratos de financiación que carezcan de cláusulas de determinación del tipo de interés debe realizarse empleando el IRPH-Entidades como elemento que determine el tipo de interés remuneratorio hasta la finalización del contrato.

Esta solución deriva directamente del carácter de derecho supletorio de lo previsto en la disposición adicional disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013[60], de apoyo a los emprendedores. Dicha disposición prevé que *en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»*[61].

[60] (RIESCO, 2020).

[61] Este es el razonamiento del que se nutre la sentencia de 8 de noviembre de 2018 de la sección primera de la Audiencia Provincial de Tarragona, en su fundamento jurídico tercero (considerando cuarto) para declarar el que el tipo aplicable del contrato que enjuicia debió ser el IRPH-Entidades desde el momento

En este sentido, creemos que dicha disposición, además de cumplir la función de regular las consecuencias contractuales de la desaparición o discontinuidad de los IRPH bancos e IRPH cajas, opera como la concreción en el mercado de la financiación bancaria del criterio del precio habitualmente aplicable al mismo tipo de operaciones. Criterio y principio general que está explícitamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 55 de la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CINUCIM), redactada en Viena el 11 de abril de 1980.

A consecuencia de la perdida de representatividad sobrevenida del IRPH bancos y del IRPH cajas por la concentración de operadores bancarios, el legislador, con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores, previó un régimen de integración contractual para aquellos contratos afectados por la discontinuidad o desaparición de los mencionados índices.

Es decir, en definitiva, creemos que la mencionada Ley 14/2013 en su disposición adicional decimoquinta ofreció una doble funcionalidad. En primer lugar, sirvió como criterio de integración contractual para aquellas operaciones afectadas por la discontinuidad o desaparición de determinados índices IRPH. Y, en segundo lugar, dicha disposición vino a concretar en el ámbito de la financiación bancaria el criterio integrador aplicable del precio habitual del mercado relevante presente por reconocimiento explícito en la CINUCIM.

6. Bibliografía

Hugo ALBERTAZZI, Fulvia FRINGUELLOTTI y Steven ONGEN (2019) "Fixed rate versus adjustable rate mortgages: evidence from euro area Banks", Working paper series, ECB nº 2322-October 2019.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL y José Cándido PAZ-ARES (1991), *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2000), "Lección de Derecho Bancario", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 2/2000.

Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2017), "La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre la cláusula suelo", *Diario La Ley*, núm. 8915, págs. 1-20.

Mireia ARTIGOT i GOLOBARDES y Fernando GÓMEZ POMAR (2020), "Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXIII, Enero- Marzo 2020, págs. 7-100.

Mireia ARTIGOT i GOLOBARDES (2020), "Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica, *Almacén de Derecho* (https://almacendederecho.org/).

de la eliminación del IRPH-Cajas. En ese mismo sentido se ha pronunciado recientemente la misma Sala en sentencia de 11 de mayo de 2020.

Oren BAR-GILL (2012)*, Seduction By Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford (United Kingdom).

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017), "IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca "normas". Transparencia lejos del suelo". *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil*, núm. 9, págs. 211-236.

Fernando GÓMEZ POMAR (2018), "El arbitrio de parte en la determinación del contenido y elementos del contrato", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (Homenaje al profesor D. Aurelio Menéndez Menéndez), núm. 49, págs. 243-254.

Angel Fernando PANTALEÓN PRIETO (2020), "La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma", *Almacén de Derecho* (https://almacendederecho.org/).

Jesús RIESCO MILLA (2020), "Dos lecturas diferentes de una misma sentencia: primeros pronunciamientos judiciales tras las STJUE de 3/2020 sobre la cláusula IRPH Cajas", *Hay Derecho,* (https://hayderecho.com/).

Ernesto Alejandro SUÁREZ PUGA (2017), "Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5, págs. 29-43.

Ernesto Alejandro SUÁREZ PUGA (2017), "Índices financieros en contratos bancarios de financiación con consumidores: función y problemas actuales", *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 145, págs. 438-446.

Ernesto SUÁREZ PUGA (2020), "Un breve apunte crítico a la sentencia del Tribunal de Justicia UE relativa a las cláusulas predispuestas IRPH, *Almacén de Derecho*, (https://almacendederecho.org/).

InDret

3.2020

Comentario a las "Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto".*

Ignacio García-Perrote Martínez
Universitat Pompeu Fabra
ignacio.garciaperrote@upf.edu

Las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o de sus equivalentes nacionales, pueden reducir la competencia en el mercado y causar daños a los clientes de los infractores y a las personas situadas en los eslabones subsiguientes en la cadena de producción y venta (i) por haber pagado un precio superior al que se hubiera fijado sin la infracción[1] y, en su caso, (ii) por las ventas perdidas por este cambio en los costes y precios[2]. La consecuencia de este perjuicio es el nacimiento de una pretensión de daños a favor de estos damnificados.

Como en toda pretensión indemnizatoria, la demandante deberá acreditar la existencia de una conducta anticompetitiva[3], un daño en su patrimonio y la relación de causalidad entre la infracción y el perjuicio. La demandada, por su parte, tendrá que presentar argumentos de descargo para concluir que la infracción no ha causado el daño o, en caso de haberlo hecho, la cuantificación es errónea porque, por ejemplo, la demandante no ha tenido en cuenta que ha repercutido el perjuicio a sus clientes. Aunque cada una de estas cuestiones presente una complejidad jurídica única, uno de los principales escollos reside en la cuantificación del perjuicio efectivamente sufrido.[4]

Con el fin de orientar a los órganos jurisdiccionales y a los posibles perjudicados que se plantean ejercitar una acción de daños contra el infractor del derecho de la competencia, la Comisión encargó a Oxera la elaboración de un estudio, preparado por un equipo de juristas

* Agradezco los comentarios de Carlos Gómez Ligüerre.

[1] En esencia, el daño sería el sobrecoste, esto es, la diferencia entre el precio pagado y el que habrían abonado si no se hubiera llevado a cabo la infracción. Este se corresponde con el daño emergente.

[2] Este daño se corresponde con el lucro cesante.

[3] La prueba de este concreto elemento de la pretensión depende del tipo de acción. Si se trata de una acción de seguimiento, o *follow-on*, es decir, aquella acción interpuesta contra una empresa que ha sido previamente sancionada por una autoridad de la competencia por haber infringido el derecho de la competencia, el efecto vinculante de la decisión -firme- permite a la demandante centrarse en probar la existencia del daño, del nexo causal y la cuantificación. Si, por el contrario, la acción es *stand alone*, es decir, sin previa resolución administrativa sancionadora, la demandante deberá, además, probar la existencia de la infracción.

[4] La Comisión Europea reconoce esta realidad en la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 9.

dirigidos por el Dr. Assimakis Komninos, que vio la luz en 2009[5]. Inspirándose en el anterior, en 2013, la Comisión publicó una Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[6] acompañada de una Guía Práctica[7].[8]

La aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea[9] ("Directiva de Daños", de ahora en adelante) confirmó la legitimación activa de los compradores indirectos[10], esto es, aquellos que adquieren el producto afectado por la infracción del cliente del infractor o de un comprador posterior, y la posibilidad del demandando de oponer la excepción por repercusión del sobrecoste[11]. Esto añade una compleja cuestión adicional a la cuantificación del perjuicio, que tratan de forma superficial los documentos anteriores: cómo puede calcularse qué parte del sobrecoste ha sido repercutida y en qué medida ha provocado una reducción de las ventas.[12]

El artículo 16 de la Directiva de Daños contiene un mandato para la Comisión para que prepare una guía para orientar a los órganos jurisdiccionales y a las partes en la estimación del perjuicio repercutido.

El primer paso para ello fue encargar a RBB Economics y Cuatrecasas la realización de un informe sobre la repercusión del sobrecoste ("Study on the Passing-on of Overcharges"[13])[14],

---

[5] OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, diciembre de 2009, que puede encontrarse aquí: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

[6] Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, OJ C 167, 13.6.2013, p. 19–21 y puede encontrarse aquí: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52013XC0613(04).

[7] Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión: Guía Práctica – Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que acompaña a la Comunicación de la Comisión, SWD(2013) 205, 11.6.2013. De ahora en adelante, "Guía Práctica". La numeración utilizada en la cita es la de la versión inglesa. Como puede verse, por ejemplo, en el documento en castellano, consta todavía como borrador en el resto de idiomas de la Unión Europea.

[8] No es extraño que la Comisión publique directrices y orientaciones para autoridades, tribunales y empresas. En el marco de la aplicación pública destacan las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado y las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

[9] OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

[10] Artículo 14 de la Directiva de Daños.

[11] Artículo 13 de la Directiva de Daños.

[12] En el estudio de 2009 le dedican, principalmente, el apartado 4.4 (páginas 116 a 122) y en la Guía Práctica, los párrafos 161 a 171.

[13] Puede accederse al informe aquí: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf.

publicado en octubre de 2016. Sobre la base de este documento, la Comisión preparó un borrador de las directrices[15] y lo sometió a consulta pública para que cualquier interesado enviara los cometarios que considerara convenientes. Recibidas las contribuciones, la Comisión publicó el documento definitivo, mediante una comunicación, de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto ("Directrices" de ahora en adelante).[16]

Las Directrices tienen el siguiente contenido. Primero, empiezan con una explicación del concepto de repercusión del sobrecoste, su contexto jurídico y sus características económicas (párrafos 8 a 64). Segundo, presentan los aspectos generales de la cuantificación del perjuicio repercutido y del lucro cesante por reducción de ventas (párrafos 65 a 83) y la información relativa a la elaboración de los informes periciales de cuantificación del daño (párrafos 74 a 83). Tercero, describen los métodos propuestos para cuantificar la repercusión del sobrecoste, las dificultades que presentan y su uso en casos resueltos en jurisdicciones europeas (párrafos 84 a 133) y los métodos de cuantificación del efecto volumen (párrafos 134 a 152). Cuarto, incluyen unas reflexiones respecto a la elección del método (párrafos 153 a 156). Finalmente, las cierran dos anexos con teoría económica sobre la repercusión (anexo 1, párrafos 157 a 192) y un glosario (anexo 2, párrafo 193).

En el presente trabajo resumiré el contenido de las diferentes partes e incorporaré pequeñas reflexiones. Finalizaré el trabajo con una breve conclusión.

1. La naturaleza del documento

Las Directrices están publicadas en una comunicación de la Comisión, un documento sin carácter vinculante que pretende sistematizar diferentes métodos para cuantificar el sobrecoste repercutido y el efecto volumen consecuencia del aumento de los precios. La propia Comisión reconoce la finalidad orientadora del documento y que en ningún caso altera "las normas vigentes emanadas del Derecho de la UE o de la legislación de los Estados Miembros"[17].

Por su contenido, las Directrices complementan la Guía Práctica para la cuantificación del daño causado por las infracciones de derecho de la competencia publicada en 2013. De hecho, según la propia Comisión, los dos documentos "deben leerse conjuntamente"[18] por su contenido. Mientras que las Directrices se centran exclusivamente en el perjuicio repercutido y el lucro cesante derivado de las ventas perdidas, la Guía Práctica propone, esencialmente, métodos para cuantificar el sobrecoste consecuencia del cártel o del abuso de posición de dominio[19], perjuicio

[14] La finalidad del informe de asistir a la Comisión en la preparación de las Directrices está explicitada en la párrafo 1 del informe: "This Study is aimed to assist the Commission in that work [the issuing of guidelines on how to estimate the share of pass-on of the overcharge to indirect purchasers]".
[15] Las versiones oficiales del borrador son la inglesa, la francesa y la alemana. No obstante, también publicaron una versión no auténtica en castellano.
[16] Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, C/2019/4899, OJ C 267, 9.8.2019, p. 4–43 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019XC0809(01)).
[17] Apartado 2 de las Directrices.
[18] Apartado 3 de las Directrices.
[19] Es cierto, no obstante, que los apartados 161 a 171 de la Guía Práctica se ocupan de la repercusión del sobrecoste.

cuya existencia es un requisito necesario para que pueda llevarse a cabo la repercusión "aguas abajo".

La división entre los ordenamientos jurídicos que deben regir los elementos constitutivos de la acción y elementos de aplicación defendida por distintos Abogados Generales[20] dan soporte a esta decisión. Estas Directrices no versan ni sobre la conducta reprochable del infractor del derecho de la competencia, ni sobre la realidad del perjuicio sufrido, ni sobre el nexo causal entre conducta y daño, sino que tratan la cuantificación de una conducta económica que afectará al alcance del daño. Por ello, se trata de un elemento regido por los derechos nacionales de los Estados miembros y la práctica de sus propios tribunales. Por esto, estas Directrices guían, pero no modifican la legislación interna.

Asimismo, su función es asistencial para la valoración de los informes periciales. Presenta, por este motivo, una lista no exhaustiva de métodos para calcular el daño y permite a los tribunales aceptar operaciones de cuantificación elaboradas con otras técnicas.

Por ello, considero adecuado el uso de un documento no vinculante. En otro caso, podría afectarse negativamente el derecho de las partes a presentar las pruebas que considere adecuadas con la información que conste en su poder o que pueda razonablemente obtener.

2. La cuantificación del perjuicio repercutido

La Comisión ilustra la repercusión con un sencillo ejemplo hipotético de un cártel de fijación de precios en el mercado del cobre y cómo se repercute el sobreprecio en el sector del automóvil. Describe la repercusión como el incremento del precio del producto que utiliza el insumo cartelizado.

En el ejemplo concreto, la empresa A es productora de cobre e integrante de un cártel consistente en la fijación del precio de este material a un nivel supracompetitivo. Esta sería la infractora. La empresa B se dedica a proveer piezas de automóvil y utiliza el cobre de la empresa A para la fabricación de los haces de cables. Esta sería la compradora directa. La empresa C es un fabricante de automóviles que adquiere los productos de B y sería la compradora indirecta. El sobrecoste es la diferencia entre el precio pagado por B y el que habría pagado sin la infracción. La conducta calificada como repercusión del sobrecoste es el incremento del precio de B a C.

La Comisión recuerda que la repercusión puede continuar más allá del primer comprador indirecto[21] y que el aumento del precio puede ir acompañado, en función de las características del mercado, de una reducción de la demanda y de las ventas.[22]

[20] En concreto, el AG Van Gerven en sus conclusiones de 27 de octubre de 1993 en el asunto C-128/92, Banks, apartados 50 y ss.; la AG Kokott en sus conclusiones de 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12, Kone, apartado 23; el AG Wahl en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019 en el asunto C-724/17, Skanska, apartado 40; y la AG Kokott en sus conclusiones de 29 de julio de 2019 en el asunto C-435/18, Otis y otros, apartado 44.

[21] Apartado 11 de las Directrices. Esta extensión es también consecuencia del amplio reconocimiento de legitimación activa para los perjudicados por ilícitos concurrenciales en el artículo 1 de la Directiva de Daños y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, sentencia de 20 de

De acuerdo con la Comisión, y como se observa en el ejemplo anterior, las infracciones del derecho de la competencia tienen dos efectos. Por un lado, el efecto precio o sobrecoste que hace referencia a "todo aumento del precio que un comprador directo o indirecto ha debido abonar por un producto o servicio como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia"[23] o, dicho de otra forma, a la "diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido"[24] sin la infracción. Este se corresponde con el daño emergente. Por otro lado, el efecto volumen, descrito de forma genérica como "perjuicio causado por el hecho de que se compran menos productos o servicios como consecuencia del sobrecoste"[25], entre las que se cuenta la disminución de pérdidas causada por la repercusión y que se corresponden con el lucro cesante.

La repercusión del sobrecoste afecta tanto al efecto precio como al efecto volumen[26]: minoraría el daño emergente por el aumento de los precios e incrementaría el lucro cesante por la reducción de las ventas.

Por ello, la repercusión puede esgrimirse de forma defensiva y ofensiva. En el primer caso, se trata de una excepción opuesta por el infractor para reducir la cuantía de la indemnización y evitar una compensación excesiva. La parte demandada tendrá la carga de probar la existencia y el grado de repercusión.[27]

En el segundo caso, es el fundamento de la pretensión del comprador indirecto, con independencia del nivel en que se halle, cuyo perjuicio se corresponde con la cantidad que le han repercutido, así como con las ventas que haya, en su caso, perdido. Sin perjuicio de la presunción de repercusión[28], la presunción de que los cárteles causan daños[29] y de la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de estimar el perjuicio[30], la demandante tendrá la carga de probar el daño, el vínculo causal y la cuantía.[31]

---

septiembre de 2001, asunto C-453/99, Courage, apartado 26; sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a 298/04, Manfredi, apartado 61; sentencia de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11, Otis, apartado 43; sentencia de 5 de junio de 2013, asunto C-557/12, Kone, apartado 22; sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, Skanska, apartado 26; sentencia de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, Cogeco, apartado 40; y sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, Otis y otros, apartado 23).

[22] Apartado 10 de las Directrices.

[23] Apartado 15 de las Directrices.

[24] Artículo 2.20 de la Directiva de Daños.

[25] Apartado 15 de las Directrices.

[26] Apartado 16 de las Directrices.

[27] Apartados 18 y 21 de las Directrices y art. 13 de la Directiva de Daños. Esta decisión es acorde con los principios generales de la asignación de la carga de la prueba según los cuales la demandante debe probar aquello que sea favorable a su pretensión, mientras que la demandada tiene la carga de demostrar aquellos argumentos que obsten la pretensión de la parte actora.

[28] Artículo 14.2 de la Directiva de Daños.

[29] Artículo 17.2 de la Directiva de Daños.

[30] Artículo 17.1 de la Directiva de Daños.

[31] Si se trata de una acción de seguimiento o *follow-on*. Si es una acción *stand alone*, la demandante deberá probar también la infracción del derecho de la competencia.

En los dos casos, los órganos jurisdiccionales han de tener facultades para estimar la cuantía de la repercusión.[32] La Comisión, no obstante, recuerda que no tienen plena libertad para hacerlo, sino que están limitados por tres principios. Por un lado, el principio de resarcimiento, según el cual la indemnización debe "devolver a la víctima a la situación en la que se habría encontrado si no se hubiera producido la infracción"[33]. Por otro lado, los principios de equivalencia y efectividad, según los cuáles no puede ejercerse la pretensión a través de "normas y procedimientos nacionales (...) menos favorables (...) que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional"[34] y los procedimientos deben concebirse "de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción del derecho de la competencia"[35].

El respeto a estos principios en el ejercicio de la facultad de estimar el perjuicio implica (1) que la imposibilidad de cuantificar no puede ser una causa de desestimación de la pretensión[36], (2) que los órganos jurisdiccionales llevarán a cabo esta tarea con la información de que dispongan y (3) que la aproximación debe ser plausible[37].

A pesar de que los mercados del ejemplo no son los mismos exactamente, la representación gráfica del fenómeno de la repercusión peca de excesivamente lineal. La construcción puede inducir a error respecto a qué debe entenderse por traslado relevante del sobrecoste y contradecir qué se entiende por repercusión desde un punto de vista económico. La consecuencia de esta percepción, a mi entender, equivocada puede ser doble. Por un lado, si un sujeto que ha repercutido ejerce una pretensión de daños y el órgano jurisdiccional inadmite de pleno la excepción alegada por la parte demandada, en caso de estimación total, la demandante recibirá una indemnización superior al perjuicio efectivamente sufrido.

Por otro lado, algunos compradores indirectos podrían ver afectado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si se inadmite su demanda por entender que no tiene una pretensión contra los infractores.[38] Esto podría provocar una restricción artificial de las personas con legitimación activa al limitarla a aquellos que se encuentren en un eslabón inferior del mismo mercado. También podría constituir una infracción del mandato de la Directiva de Daños de conceder una pretensión a todos los afectados por una infracción con independencia del nivel de la cadena de producción en que se encuentren, pues en su definición no se aprecia límite alguno. La corrección de esta concepción errónea puede encontrarse en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Otis y otros"[39]. Allí, el tribunal

[32] Artículo 12.5 de la Directiva de Daños.
[33] Apartado 31 de las Directrices.
[34] Así está definido el principio de equivalencia en el artículo 4 de la Directiva de Daños.
[35] Así está definido el principio de efectividad en el artículo 4 de la Directiva de Daños.
[36] Apartado 33 de las Directrices.
[37] Las implicaciones (2) y (3) están recogidas en el Apartado 34 de las Directrices.
[38] Cuestión distinta y situación en la que no se vería vulnerado ningún derecho fundamental sería que no pudiesen probar los elementos de la pretensión. En este caso, la referencia es exclusiva a la admisión de la demandada y el inicio del procedimiento.
[39] Sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, Otis y otros. En este caso, el Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial elevada en el marco de uno de los procesos civiles iniciados por el ejercicio de una pretensión de daños contra los integrantes del cártel austríaco de ascensores y escaleras

reconoce legitimación activa a entidades que no participan en el mercado afectado por la infracción, sin perjuicio de que tenga que demostrar la concurrencia del resto de requisitos para la concesión de la indemnización.

La facultad de estimación, reconocida en la Directiva de Daños y enfatizada en las Directrices, permite avanzar hacia un escenario de compensación efectiva cuando haya quedado acreditado la existencia de un perjuicio y/o de una repercusión, pero la cuantificación continúe siendo excesivamente difícil o prácticamente imposible. Mientras que no se pone en duda esta posibilidad en caso de ejercicio de la pretensión por parte de los compradores indirectos, hay dudas respecto a esta facultad cuando se opone la excepción. [40]

Por un lado, la letra de la Directiva y de algunas normas de transposición, como la española, parecen estar a favor de permitir la estimación del perjuicio repercutido para reducir el daño emergente. Por otro lado, esta posibilidad puede ser contraria al principio de efectividad, puesto que puede tornar imposible el éxito de las acciones al estimar "falsas excepciones" y generalizar la infracompensación de los compradores directos e indirectos y la impunidad de los infractores. Ahora bien, los requisitos específicos para la admisión de la defensa pueden paliar este efecto. Por ello, considero que también debe permitirse la estimación en este contexto siempre que la demandada haya cumplido con el estándar de prueba de la existencia de la repercusión.

3. Los elementos de prueba

Cualquiera de los métodos que propone la Comisión -y que próximamente presentaré- requiere un complejo análisis jurídico y económico.

Los elementos de prueba que pueden utilizar las partes para acreditar la existencia y la extensión de la repercusión son de dos clases:

a) Por un lado, las pruebas cualitativas, que permiten comprender las estrategias de la empresa en relación con los precios. Entre otras nos encontramos con (1) contratos, (2) documentos internos, (3) informes financieros y contables, (4) declaraciones de testigos, (5) informes periciales y (6) informes sectoriales o estudios de mercado.[41]

---

mecánicas. Concretamente, la actora es una entidad administrativa que subvencionó parcialmente la construcción de edificios con ascensores cuyo precio estaba cartelizado.

[40] En el caso concreto de España, no parece que haya duda según la legislación aplicable: la facultad de estimar el perjuicio repercutido debe hacerse "con arreglo a derecho" (art. 78.2 Ley de Defensa de la Competencia), mientras que esta mención expresa no se encuentra cuando la ley faculta a los tribunales a estimar el daño sufrido por la demandante (art. 76.2 Ley de Defensa de la Competencia). Esta distinción puede ser una forma de compensar la asimetría informativa y para evitar el exceso de falsos negativos, esto es, de admisiones de la existencia de repercusión donde no ha podido haberla. Ver, en este sentido, el considerando 46 de la Directiva de Daños. En contra de esta opinión, Antonio Robles Martín-Laborda (2020), "La defensa de la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba", *Almacén de Derecho*, 15.06.2020, https://almacendederecho.org/la-defensa-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia-problemas-de-prueba, consultado el 03.07.2020.

[41] Esta lista está extraída del apartado 37 (primer guión) de las Directrices.

b) Por otro lado, las pruebas cuantitativas, utilizadas para aproximar la cuantía de la repercusión y para aplicar técnicas econométricas. Estas serían: (1) precios de venta, precios minoristas y precios pagados por los consumidores finales del producto relevante y en el mercado comparativo, (2) informes financieros, (3) informes periciales, (4) precios regulados, en su caso, (5) volumen de ventas, (6) descuentos y (7) otros costes del insumo cartelizado y el resto de elementos de coste del producto o servicio ofrecido.[42]

Los informes periciales, en función de la legislación nacional, puede ser elaborados por expertos designados por las partes, por el órgano jurisdiccional o por todos los anteriores. Sin perjuicio de la posible tacha del perito parcial, el poder de convicción del informe dependerá del cumplimiento con las buenas prácticas en este ámbito, es decir, "si expone los supuestos relevantes y las predicciones de sensibilidad a las variaciones de estos supuestos"[43], así como si parte de presupuestos aceptables.

Tanto la demandante como la demandada tienen la obligación de utilizar toda aquella documentación que obre en su poder para fundamentar su pretensión. Asimismo, cuentan con las nuevas normas de exhibición de medio de prueba para poder alcanzar los estándares de prueba de sus respectivas alegaciones.[44] Esta última posibilidad, no obstante, puede verse coartada por los límites de razonabilidad y proporcionalidad de la exhibición derivados del artículo 5 de la Directiva de Daños.[45]

Este derecho a solicitar la exhibición incluye documentos que obren en poder de la futura contraparte y de terceros. La solicitud debe ser determinada en cuanto a su contenido y puede alcanzar documentos "que contengan información confidencial"[46]. El órgano jurisdiccional velará para que la exhibición sea proporcional y proteja los intereses legítimos de la parte requerida. Puede, incluso, implantar medidas para la protección de la información confidencial. Las partes también pueden obtener información de dos fuentes alternativas adicionales. Por un lado, del expediente de la autoridad de la competencia[47], si bien la Comisión reconoce en las Directrices que es "una medida de último recurso" con un alcance limitado y que puede ser más "relevante para la cuantificación del sobrecoste"[48] que de la cuota repercutida, pues en este estadio podemos hallarnos, al menos, dos niveles por debajo de la infracción en la cadena de producción y alejados del objeto de la investigación. Por otro lado, las resoluciones judiciales dictadas en el marco de otros procedimientos vinculados a la misma infracción.[49] La influencia, en este caso, dependerá del órgano que la ha dictado.[50]

---

[42] Esta lista está extraída del apartado 37 (segundo guión) de las Directrices.

[43] Apartado 39 de las Directrices.

[44] Arts. 5 y 6 Directiva de Daños y, en España, arts. 283 *bis* a) a h) Ley de Enjuiciamiento Civil.

[45] Siempre sin perjuicio de la necesidad de respetar los principios de efectividad y equivalencia. El primero, en concreto, puede favorecer a los compradores indirectos que ejerzan sus pretensiones indemnizatorias contra los infractores, pues este ejercicio no puede tornarse excesivamente difícil ni imposible como consecuencia de los problemas derivados de la cuantificación.

[46] Apartado 43 de las Directrices.

[47] Apartado 44 de las Directrices.

[48] Apartado 44 de las Directrices.

[49] Apartado 45 de las Directrices.

[50] Sobre la aportación de sentencias como prueba en las acciones de daños, recomiendo la lectura de las siguientes entradas de Francisco Marcos en Almacén de Derecho: Francisco MARCOS (2020), "Aportación

Por su complejidad, este es uno de los elementos clave en la alegación de la repercusión, especialmente de forma defensiva. En caso de que los informes no convenzan al órgano jurisdiccional, como he expuesto antes, el tribunal podrá estimar el perjuicio sufrido –incluyendo aquí la cantidad repercutida- siempre que las partes hayan cumplido con el esfuerzo probatorio esperado y exigible.

4. La teoría económica de la repercusión

La Comisión explica algunas circunstancias relevantes para la posibilidad de la repercusión. Para ello, recurre a la teoría económica y, en concreto, presenta los siguientes factores: la naturaleza de los costes, la elasticidad de la demanda, la intensidad de la competencia en el mercado del repercutidor, los costes de ajuste de precios, la proporción de coste afectado por la infracción en el precio y el poder de la demanda.[51]

La naturaleza de los costes afectados por la infracción es un factor determinante para la posibilidad de repercutir y la medida en que ocurra. Los costes pueden ser fijos, que no varían en función de la producción, o variables, en caso de que se vean afectados si cambia la cantidad de insumos producidos. Mientras que en el corto plazo únicamente los segundos podrán ser repercutidos, a largo plazo los dos podrían trasladarse. Como regla general, los sobrecostes que afecten a costes variables son los relevantes a efectos de una posible repercusión.[52]

La elasticidad de la demanda es el segundo factor a tener en cuenta en la decisión de trasladar el sobrecoste. En función de la posición del comprador directo en el mercado y del tipo de producto o servicio, la reacción de la demanda ante un cambio de precio será más o menos sensible. Una demanda elástica reducirá las probabilidades de la repercusión, porque los clientes cambiarán de proveedor y perderá sensiblemente su demanda. Ahora bien, una demanda inelástica incrementa la probabilidad de traslado, porque la posibilidad de movimientos en el lado de la demanda es escasa o, cuanto menos, menor.

La estructura del mercado del comprador directo repercutidor y la intensidad de la competencia en ese mercado son también dos condicionantes para la repercusión. La afectación del sobrecoste es el primer elemento a considerar. La probabilidad de trasladar con éxito depende de la extensión en el mercado del sobrecoste: el alcance sectorial tiene más visos de ser repercutido que uno específico. La competencia en el mercado es el segundo elemento, porque la ferocidad de las interacciones en el mercado reducirá todavía más la posibilidad de repercutir el sobrecoste específico, mientras que la incrementará en el caso del sobrecoste sectorial.

---

de sentencias como prueba en los litigios causados por el cártel de los fabricantes de los camiones (I), (II) y (III)", *Almacén de Derecho*, 16.03.2020, https://almacendederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-i; 18.03.2020, https://almacendederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-ii-precedentes-judiciales; y 31.03.2020, https://almacendederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-y-iii-sentencias-extranjeras.

[51] Apartado 51 y siguientes de las Directrices.

[52] Apartado 160 de las Directrices (Anexo 1).

La proporción que representa el coste afectado también es relevante. La repercusión de un sobrecoste que afecta en pequeña medida al precio en un mercado competitivo puede no ser rentable y, por tanto, acabar absorbido por quien lo haya sufrido.

Los costes de ajuste de precios y el poder de la demanda también son factores a tener en cuenta. Los primeros son aquellos costes que se asocian al proceso de ajuste cuando la empresa va a modificar sus precios y, en función de su magnitud y del precio cuál sería el precio con sobrecoste a trasladar, la repercusión será más o menos rentable.[53] Respecto a la segunda, cualquier cambio en el precio supondrá tener que negociar con sus clientes, así como unas posibles pérdidas iniciales mientras se reajusta el mercado, que podrán perjudicar más al oferente si existen productos sustitutivos proporcionados por la competencia.

La teoría económica de la repercusión también afirma que la trasladar un sobrecoste "aguas abajo" suele llevar aparejada una reducción en las ventas. Esta se conoce como "efecto volumen". Los principales elementos que pueden influir la magnitud del lucro cesante son la sensibilidad de la demanda[54] y la reacción de los competidores ante el sobrecoste, en caso de ser sectorial.

Este apartado y el anexo son, en mi opinión, claves para el análisis de los informes periciales aportados por las partes. Tanto los órganos jurisdiccionales como los abogados de las partes pueden recurrir a los argumentos de la teoría económica para poner en tela de juicio la robustez del informe en función de sus fundamentos y presupuestos antes si quiera de recurrir a la crítica a la cuantificación presentada y a los datos utilizados para alcanzarla.

5. La cuantificación de los efectos de la repercusión

La cuantificación del sobrecoste sufrido, del repercutido y de las ventas perdidas puede realizarse de forma secuencial y utilizando los mismos métodos.[55] En los tres casos, es necesario utilizar un escenario contrafáctico con la situación del mercado sin la infracción[56] para "asilar los efectos de la infracción de otros factores que afectan al precio"[57] y así determinar con mayor exactitud del perjuicio causado.

Para ello, las partes recurrirán a peritos económicos, que utilizarán las pruebas cuantitativas y cualitativas -a su disposición u obtenidas tras solicitar el acceso a fuentes de prueba en poder de la demandada o de terceras personas- para elaborar este escenario sin infracción y proporcionar una cuantificación. Los tribunales valorarán los informes, en concreto, sus presupuestos, su metodología y su concordancia con la teoría económica, para dotarles de credibilidad y, en su caso, estimar su propuesta.

---

[53] Apartados 186 y 187 de las Directrices (Anexo 1).

[54] Por tanto, la elasticidad de la demanda puede afectar no sólo al daño emergente y su posible reducción por la repercusión, sino también al lucro cesante porque "la magnitud del efecto volumen se ve directamente afectada por la sensibilidad de los precios de la demanda" (Apartado 169 de las Directrices (Anexo 1)).

[55] Apartados 69 a 73 de las Directrices.

[56] Como el mismo mercado sin infracción no puede observarse, se trata de un escenario hipotético. Apartado 67 de las Directrices.

[57] Apartado 66 de las Directrices.

5.1. Métodos para cuantificar el sobrecoste repercutido

La Comisión propone tres métodos para la cuantificación del perjuicio repercutido: los comparativos, el cálculo de la proporción de repercusión y la simulación del mercado. La característica común de todos ellos es que permiten calcular la cuantía a partir de datos cuantitativos.[58]

a. Métodos comparativos

El uso de los métodos comparativos consiste en calcular la proporción repercutida mediante la comparación del precio durante el periodo de infracción en el mercado afectado con el precio fijado en el mismo mercado o en un mercado similar, que harían de escenario contrafáctico. En los dos casos, idealmente, debería tratarse de mercados no afectados por la infracción.[59]

Los métodos comparativos pueden enfocarse de tres formas: comparación temporal o diacrónica, comparación geográfica o entre diferentes mercados y una combinación de las anteriores, conocida como "diferencias en diferencias".

La comparación diacrónica consiste en estudiar y observar la evolución del precio en el mercado afectado en diferentes momentos, esto es, antes de que se cometiera la infracción, durante esta y después. En este caso, el supuesto contrafáctico sería el mismo mercado (y, supuestamente, el más próximo a la realidad).

En la comparación geográfica o enfoque transversal, se compara el mercado afectado con otro mercado geográficamente diferente. Las características similares compartidas por los mercados, salvo por la existencia de infracción, justificaría el uso del comparativo como escenario contrafactual.

El enfoque de "diferencias en diferencias" combina la comparación temporal y geográfica. En este, se compara cómo ha evolucionado una variable seleccionada a lo largo del tiempo en el mismo mercado y en un mercado no afectado durante el mismo periodo temporal. El enfoque comparte las justificaciones de los anteriores y, además, permite "descartar los cambios que no guardan relación con el efecto precio relacionado con la repercusión que se produjeran durante el mismo periodo"[60].

La Comisión reconoce que, en la práctica, la comparación resultante de estos enfoques puede precisarse, si los datos a disposición de las partes lo permiten, mediante el uso de técnicas econométricas, como sería el análisis de regresión[61]. Si el recurso al análisis econométrico no es posible por sus costes, puede ajustarse la cuantía repercutida tras la comparación con el uso de

[58] Apartado 84 de las Directrices.
[59] Apartado 88 de las Directrices.
[60] Apartado 99 de las Directrices.
[61] En el apartado 101 de las Directrices está definido como "técnica estadística que ayuda a analizar las pautas en la relación entre variables económicas".

pruebas cualitativas, como la política de precios[62]. Asimismo, cuando el recurso a la econometría no sea viable, puede optarse por aplicar un descuento prudencial, esto es, "ajustar un importe que tendría suficientemente en cuenta las incertidumbres en el cálculo a partir de los datos observados"[63].

Aunque el método comparativo pueda ser el más próximo a la realidad por presentar un escenario contrafáctico basado en datos de mercados existentes[64], no está exento de dificultades que pueden cuestionar la validez del resultado aportado.

Primero, puede ser difícil encontrar un mercado que no esté afectado directa o indirectamente por la infracción. En función del alcance de la conducta anticompetitiva, los productos de los mercados comparables pueden contener los mismos insumos cartelizados o insumos cuyo precio esté incrementado como respuesta a la infracción.

Segundo, la dificultad de identificar con precisión el periodo de afectación en el mercado. Aunque la decisión de la autoridad de la competencia señala un periodo de infracción, pueden darse tres escenarios que tornen estas fechas inexactas. Por un lado, es posible que la conducta anticompetitiva se iniciara antes del periodo establecido y/o finalizara con posterioridad a él. Por otro lado, los efectos de la conducta pueden persistir a pesar de haberle puesto fin. Finalmente, los operadores en el mercado pueden retrasar la repercusión del sobrecoste, en el supuesto de poder ejecutarla.

b. Método de la proporción de repercusión

El enfoque de la proporción de la repercusión es el segundo método propuesto por la Comisión y consiste en el análisis de la influencia de las variaciones en los costes de una empresa en los precios fijados antes o después del periodo de infracción.

Este cálculo parte de la premisa de que las variaciones en los costes se repercuten en idéntica proporción con independencia de la relevancia del coste y de la magnitud del cambio en los precios. A diferencia del método comparativo, este no permite la determinación de la existencia de una repercusión efectiva ni la observación del reflejo de las variaciones en el precio establecido en el mercado aguas abajo, sino que presenta una cuantía repercutida basada en que los cambios en los costes afectarán en todo caso a los precios de venta de la demandante.

El insumo afectado por la infracción concurrencial es un componente del coste marginal. Ahora bien, y esto es una flaqueza de este método, no significa que cualquier modificación afecte al precio fijado por tres motivos. Primero, la viabilidad de la repercusión depende de la importancia relativa del insumo en el coste del producto.[65] Segundo, los costes de ajustes de precio modificarán el momento y el alcance de la repercusión.[66] Tercero, la política comercial

[62] Apartado 108 de las Directrices. Ahora bien, en el apartado 109 de las Directrices, la Comisión añade la siguiente advertencia lógica: "Por otra parte, al evaluar las políticas de precios, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta si se ha aplicado realmente la política de precios de la empresa de que se trate (...)".
[63] Apartado 111 de las Directrices.
[64] Apartado 120 de las Directrices.
[65] Apartado 124 de las Directrices.
[66] Apartado 125 de las Directrices.

del comprador que supuestamente ha repercutido debe contemplar la posibilidad de repercutir los incrementos en sus costes.[67]

La Comisión pone de manifiesto otro problema de este método. Si no se tienen en cuenta las variaciones en los precios como consecuencia de otros factores o componentes de los costes no relacionados con la infracción, los resultados serán inexactos y llevar a la errónea consideración de que se ha producido la repercusión.

c. Método de simulación

Finalmente, la Comisión propone la simulación como último método para cuantificar el perjuicio repercutido. Para ello, hay que desarrollar un modelo de la situación del mercado en la fase en la que opera la demandante y permite calcular el perjuicio (daño emergente y lucro cesante) sufrido por la demandante, así como determinar el grado de traslado aguas abajo.

El principal problema es la cantidad de datos sobre el mercado (esencialmente, de precios) necesaria para elaborar una simulación próxima a la realidad.

5.2. Los métodos propuestos para cuantificar el lucro cesante

El efecto volumen hace referencia a las ventas perdidas causadas por el incremento del precio consecuencia de la repercusión. El concepto de daño asociado es, por tanto, el lucro cesante. De acuerdo con la Comisión, su cuantificación es tan relevante como la del daño emergente para asegurar el pleno resarcimiento y "evitar una reparación excesiva o insuficiente"[68].

La cuantificación del efecto volumen requiere evaluar, por un lado, la medida en que ha variado la cantidad vendida como consecuencia del aumento del precio y, por otro lado, el margen contrafactual.

La Comisión propone tres métodos diferentes para cuantificar el efecto volumen: el método comparativo, el enfoque de la elasticidad y la simulación.

a. El método comparativo

Para calcular el efecto volumen, es necesario contar con información sobre (1) la cantidad del producto que ha vendido la empresa afectada por el sobrecoste, (2) el volumen que hubiera vendido en el escenario contrafáctico y (3) el margen que hubiera obtenido en el escenario sin infracción, esto es, sin sobrecoste y sin repercusión.

Siguiendo este método, el cálculo consiste en la multiplicación del margen del escenario contrafáctico por la reducción del volumen de ventas o las ventas perdidas como consecuencia de la repercusión. Aquí, igual que en el caso del cálculo del perjuicio repercutido mediante la comparación, el mercado comparativo puede ser el mismo antes o después de la infracción, un

[67] Apartado 126 de las Directrices.
[68] Apartado 134 de las Directrices.

mercado geográficamente distinto o una unión de los dos aplicando la "diferencia en diferencias".

El principal problema de este enfoque es hallar un mercado similar respecto a sus características más relevantes para el cálculo de los beneficios. Entre otras, estas serían el nivel de competencia existente y la estructura de costes de las empresas.[69]

b. El enfoque de elasticidad y la simulación

El enfoque de la elasticidad consiste en combinar "el aumento de los precios observado como consecuencia del efecto precio relacionado con la repercusión con una estimación de la sensibilidad al precio de la demanda pertinente"[70].

En función de la elasticidad de la demanda[71] y la evolución de los precios en el mercado relevante, el volumen de ventas de la empresa repercutidora se verá afectado en mayor o menor medida. Este método evalúa la afectación a los precios de los operadores en el mercado y la sensibilidad de su demanda. El cálculo efectivo del efecto volumen consiste en multiplicar "la pérdida de volumen por el margen contrafáctico"[72].

Hallar el margen contrafáctico requiere tener acceso a una cantidad ingente de datos que pueden no estar a disposición de la demandante en el caso concreto. Por ello, considera la Comisión que puede ser suficiente el recurso a otras fuentes de prueba como anteriores estudios de mercado o documentos internos.

Finalmente, también puede recurrir al uso de modelos económicos para simular el mercado sin infracción basándose en el precio fijado y el precio que hubiera fijado ausente la infracción. En este caso, el paso final para cuantificar el perjuicio será identificar cuál sería el volumen contrafáctico.

Los principales problemas de estos métodos son la información necesaria y el partir de premisas acertadas para desarrollar un modelo realmente parecido al hipotético escenario sin cártel. Aunque la Comisión prevé el recurso a información antigua, señala que no siempre es adecuado pues la información obtenida puede ser imprecisa, especialmente cuando "el mercado del asunto de que se trate es diferente al descrito en los estudios en términos de estructura de mercado"[73].

En mi opinión, la Comisión acierta en la propuesta de estos métodos de cuantificación. Primero, recurre a los mismos que ya propuso en la Guía Práctica y así dirige a las posibles demandantes y demandadas hacia el uso de un método específico.

---

[69] Apartado 145 de las Directrices.
[70] Apartado 146 de las Directrices.
[71] La "elasticidad de la demanda ante los precios indica la variación porcentual de la cantidad demandada asociada con un aumento en el precio del uno por ciento" (apartado 146 Directrices).
[72] Apartado 147 de las Directrices.
[73] Apartado 151 de las Directrices.

Segundo, proporciona herramientas a los tribunales y a los peritos de las partes contrarias para que puedan comentar críticamente tanto el procedimiento seguido como el resultado presentado en los diferentes informes. Tercero, permite a los jueces valorar la dificultad para cuantificar en cada caso concreto, en relación con la información que tenían las partes a su disposición, para valorar si han cumplido con los requisitos de actividad investigadora y probatoria y, por tanto, el tribunal puede optar por estimar el perjuicio.

Cuarto, ilustra a los órganos jurisdiccionales sobre el funcionamiento de cada método para, en función de la documentación que tenga disponible, poder decantarse por uno de ellos y hacer una estimación razonable del sobrecoste, de la parte repercutida y, en su caso, del lucro cesante.

6. La elección del método

La elección definitiva del método utilizado para cuantificar los elementos del daño (sobrecoste inicial, repercusión y efecto volumen) dependerá de la información a disposición de cada parte y de aquella que pueda razonablemente obtener de la otra o de terceras personas.

No es extraño que las partes opten por enfoques diferentes que proporcionen resultados divergentes. En estos casos, la Comisión recomienda "analizar las razones de la divergencia de los resultados y considerar los puntos fuertes y débiles de cada uno de los métodos y de su aplicación"[74]. Asimismo, la Comisión también recuerda que la exactitud cambia en función de la técnica de cuantificación por la información necesaria para proporcionar un resultado.

Finalmente, la Comisión presenta dos conclusiones. Por un lado, no puede considerarse que un método de cuantificación, incluido o no en las Directrices, sea mejor que el resto.[75] Por otro lado, las pruebas directas también pueden ser suficientes (i) para el cálculo del perjuicio repercutido y del lucro cesante, con algunos ajustes, sin tener que recurrir a análisis econométricos o de regresión, y (ii) para decidir qué informe presentado tiene mayor poder de convicción para el órgano jurisdiccional.[76]

7. Conclusiones

A la vista de su contenido, considero que la publicación de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto es, además del cumplimiento del mandato de la Directiva de Daños, una necesidad para las víctimas que se planteen ejercer individual o colectivamente sus pretensiones y para los órganos jurisdiccionales que deberán resolver las acciones interpuestas.

También creo que es un documento útil desde el punto de vista de la demandada para la preparación de la excepción de repercusión del sobrecoste. Ahora bien, la experiencia en los tribunales españoles pone en duda su uso por dos motivos. Primero, el argumento principal de defensa era la inexistencia de daño y, a ojos de algunos tribunales, es incompatible con la

[74] Apartado 153 de las Directrices.
[75] Apartado 155 de las Directrices.
[76] Apartado 156 de las Directrices.

excepción alegada como argumento subsidiario.[77] Segundo, porque la mayoría de los rechazos de la excepción se ha debido a una alegación abstracta sin ulterior intento de cuantificación y, por tanto, con un incumplimiento de la carga de la prueba.

Aunque este documento no provocará un incremento en el número de pretensiones ejercitadas, puede incentivar a que algunos compradores indirectos ejerzan sus acciones de daños. Si prueban los presupuestos y los tribunales optan por estimar el perjuicio, estas Directrices pueden ayudarles con este trabajo. Así cumplirían con los objetivos de las acciones de daños derivados de ilícitos concurrenciales[78]: no sólo compensarían a más víctimas, sino que también disuadirían a las compañías de cometer infracciones y fomentarían la competencia en el mercado.

[77] Por ejemplo, la SJM Pontevedra 188/19, de 16 de octubre, ECLI:ES:JMPO:2019:1145, FJ 4.
[78] Sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, Skanska, apartados 25 y 45.

InDret
3.2020

Identidad, cesión de datos personales y la decisión *Privacy Shield* tras la STJUE *Schrems II*

Ignacio García-Perrote Martínez
Universitat Pompeu Fabra
ignacio.garciaperrote@upf.edu

Tomás Gabriel García-Micó
Universitat Pompeu Fabra
tomasgabriel.garcia@upf.edu
-

1. Introducción

Este trabajo tiene por objeto la regulación de la identidad de la persona[1] en los códigos de conducta de las redes sociales más utilizadas. El concepto de identidad es tratado de conformidad con el derecho vigente: el artículo 53 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil[2], en el caso de las personas físicas; y el artículo 38.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil[3], para las personas jurídicas.

En este sentido, es bien conocido que las redes sociales ceden los datos personales (entre ellos, la identidad) de sus usuarios a otras empresas con las que colaboran comercialmente.

No obstante, cuando estos datos se ceden a empresas sitas en terceros estados surge un importante obstáculo: la garantía de una protección suficiente de los datos personales de los usuarios europeos frente a las actividades de tratamiento que puedan llevar a cabo las empresas y autoridades de estos terceros estados. El caso más reciente lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020 (asunto C-311/18, *Schrems II*), en cuya virtud se declaró inválida la Decisión (UE) 2016/1250 de la Comisión Europea sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de privacidad UE-EE.UU (*Privacy Shield*) y que, en consecuencia, dejó sin amparo legal tales transferencias de datos personales.

[1] La identidad es considerada un "dato personal" al amparo del artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos): "A efectos del presente Reglamento se entenderá por: 1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre [...] un identificador en línea [...]".
[2] "Las personas son designadas por su nombre y apellidos [...]".
[3] "2. Tratándose de personas jurídicas se indicará: 1.º La razón social o denominación".

2. La sentencia del TJUE en el asunto C-311/18 (*Schrems II*) y la cesión de datos a países terceros. La invalidez de la Decisión *Privacy Shield*

El pasado 16 de julio de 2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia del asunto C-311/18 (*Schrems II*). En el caso se discutía la conformidad de la Decisión (UE) 2016/1250 de la Comisión Europea sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de privacidad UE-EE.UU (*Privacy Shield*) con el Derecho de la Unión.

2.1. Resumen de los antecedentes del litigio principal y *Schrems I*

El 25 de junio de 2013, el Sr. Schrems – ciudadano de nacionalidad austríaca y usuario de Facebook – presentó ante el *Data Protection Commissioner* de Irlanda una reclamación en virtud de la cual solicitaba que se suspendiera la transferencia de sus datos personales efectuada por *Facebook Ireland* a su matriz (*Facebook Inc.*), establecida en los Estados Unidos, donde eran objeto de tratamiento. Según el Sr. Schrems, dicho tratamiento no garantizaba una protección suficiente frente a las actividades de vigilancia de las autoridades públicas de los Estados Unidos (la *National Security Administration* y el *Federal Bureau of Investigation*, principalmente) fundamentadas en la § 702 de la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (50 U.S.C. § 1881a)[4] y la Orden Ejecutiva 12333, de 4 de diciembre de 1981, sobre las actividades de inteligencia de los Estados Unidos (*Executive Order 12333: United States Intelligence Activities*)[5].

Dicha reclamación fue desestimada por el *Data Protection Commissioner* de Irlanda alegando que los Estados Unidos ofrecían un nivel adecuado de protección, tal como había declarado anteriormente la Comisión Europea en su Decisión 2000/520, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (la "Decisión *Safe Harbour*").

Frente a la decisión[6] del *Data Protection Commissioner* de Irlanda, el Sr. Schrems planteó recurso ante la *High Court* de Irlanda, la cual elevó una cuestión prejudicial al TJUE que fue resuelta mediante sentencia de 6 de octubre de 2015 (asunto C-362/14, *Schrems I*), declarando la invalidez de la Decisión *Safe Harbour*.

En el litigio principal, y en línea con la STJUE *Schrems I*, la *High Court* de Irlanda estimó el recurso del Sr. Schrems, revocó la decisión del *Data Protection Commissioner* de Irlanda y se la

---

[4] Véase: https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title50-section1881a&num=0&edition=prelim

[5] Véase: https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12333.html. La Orden Ejecutiva 12333 fue objeto de dos reformas posteriores, operadas por las Órdenes Ejecutivas 13355 (*Strengthened Management of the Intelligence Community*), de 27 de agosto de 2004; y 13470, de 30 de julio de 2008.

[6] Para más información sobre los antecedentes del procedimiento en Irlanda, véase: https://www.dataprotection.ie/en/legal/explanatory-memoranda-litigation-concerning-standard-contractual-clauses-sccs#background.

retornó. Durante la investigación llevada a cabo por el *Data Protection Commissioner* de Irlanda tras la devolución de la decisión, *Facebook Ireland* alegó que las transferencias de datos efectuadas se amparaban en cláusulas contractuales tipo reguladas en la Decisión (UE) 2010/87 de la Comisión, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países (la "Decisión CPT"). Tras terminar la investigación, el *Data Protection Commissioner* de Irlanda instó al Sr. Schrems a presentar una reclamación modificada.

El 1 de diciembre de 2015 el Sr. Schrems presentó la nueva reclamación alegando que el Derecho de los Estados Unidos obligaba a *Facebook Inc.* a poner a disposición de las autoridades de seguridad nacional los datos personales recibidos por esta última. A su vez, dichas autoridades utilizaban los datos personales en el marco de sus programas de vigilancia. El uso de datos personales para la finalidad expuesta anteriormente, en opinión del Sr. Schrems, era incompatible con los artículos 7[7], 8[8] – por ser el tratamiento de los datos personales de los usuarios de Facebook excesivo y contrario a la finalidad perseguida por dichos preceptos de la Carta – y 47[9] de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por no dotarse a los ciudadanos de la Unión Europea de una vía efectiva de recurso ante una autoridad imparcial. Asimismo, arguyó, la utilización de cláusulas contractuales tipo – amparadas por la decisión CPT – por sí sola, no subsanaba la infracción denunciada. Como consecuencia de lo anterior, el Sr. Schrems solicitaba al Comisario que suspendiera o prohibiese la transferencia de sus datos personales a *Facebook Inc.*

El 24 de mayo de 2016, el *Data Protection Commissioner* de Irlanda emitió un proyecto de decisión en el cual resumía las conclusiones provisionales de su investigación y, en lo sustancial, acogía la argumentación del Sr. Schrems. Ante ello, el *Data Protection Commissioner* de Irlanda inició un procedimiento ante la *High Court* de Irlanda, con el fin de que este Tribunal valorase la conveniencia de plantear una cuestión prejudicial al TJUE que tuviese por objeto la validez de la Decisión CPT. La *High Court* de Irlanda, en fecha de 4 de mayo de 2018, elevó una petición de cuestión prejudicial[10], la cual daría lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020.

2.2. La sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020

---

[7] Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".

[8] Artículo 8. Protección de datos de carácter personal: "1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente".

[9] Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

[10] Una lectura de las preguntas 1 a 11 de la cuestión prejudicial formulada por la *High Court* al TJUE (apartado 68) permite observar que el análisis de la validez de la Decisión CPT incluye, además, la Decisión *Privacy Shield*.

La resolución declara la validez de la Decisión CPT. Sin embargo, considera que la Decisión *Privacy Shield* es inválida por los siguientes motivos:

- En primer lugar, la normativa estadounidense sobre acceso y utilización de datos personales con fines relacionados con la seguridad nacional a través de programas de vigilancia[11] infringe el principio de proporcionalidad, pues no se limitan a lo estrictamente necesario. En particular, el Tribunal de Justicia considera que los ciudadanos de la UE no tienen, al amparo de la Decisión *Privacy Shield* y frente a las autoridades estadounidenses, un nivel de protección sustancialmente equivalente al que tienen en el marco del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[12] (apartado 181).

> A tal efecto, el TJUE se remite a la respuesta escrita ofrecida por las autoridades estadounidenses, según la cual "la PPD-28 no confiere a los interesados derechos exigibles a las autoridades estadounidenses ante los tribunales" (apartado 181) y, por ende, concluye que "esta [la Decisión *Privacy Shield*] no puede garantizar un nivel de protección sustancialmente equivalente al resultante de la Carta, contrariamente a lo que exige el artículo 45, apartado 2, letra a), del RGPD, según el cual la constatación de dicho nivel de protección depende, en particular, de la existencia de derechos efectivos y exigibles que sean reconocidos a los interesados cuyos datos personales hayan sido transferidos al país tercero de que se trate" (apartado 181).

- En segundo lugar, la Decisión *Privacy Shield* infringe el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que la figura del Defensor del Pueblo que se nombraba en la Decisión *Privacy Shield* y con la que "los Estados Unidos garantizan un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado en el artículo 47 de la Carta" (apartado 193).

> Considera el TJUE que el Defensor del Pueblo americano es una autoridad nombrada por el Secretario de Estado e incardinada en el Departamento de Estado, por lo que la exigencia, que emana de la Carta, de que los ciudadanos tengan la posibilidad de ejercer "acciones en Derecho ante un tribunal independiente e imparcial" (apartado 194) no estaría asegurada. Citando las propias palabras del TJUE: "no existe, en la referida Decisión, [...] ninguna indicación de que la destitución del defensor del pueblo o la anulación de su nombramiento vengan acompañadas de garantías específicas, lo que pone en entredicho la independencia del Defensor del Pueblo con respecto al poder ejecutivo" (apartado 195).
>
> Además, el TJUE afirma que "dicha Decisión no contiene ninguna indicación de que dicho defensor del pueblo esté facultado para adoptar decisiones vinculantes con respecto a esos servicios ni tampoco menciona ninguna garantía legal que acompañe a ese compromiso y pueda ser invocada por los interesados" (apartado 196).

---

[11] Véanse las notas al pie 15 y 16.

[12] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

2.3. Las implicaciones de la STJUE *Schrems II*

El pasado 24 de julio de 2020, el Comité Europeo de Protección de Datos (*European Data Protection Board* o "EDPB") publicó un documento titulado *Frequently Asked Questions on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-311/18 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximillian Schrems*[13].

La pregunta 4 del documento trata sobre las concretas implicaciones de la sentencia en la transferencia de datos al amparo de la decisión *Privacy Shield* desde un proveedor europeo a un proveedor de los Estados Unidos. En concreto, según el EDPB, dichas transferencias son ilegales con carácter general.

Tras ver cómo la STJUE *Schrems II* ha causado un cambio tan imporante en el paradigma de la regulación de las relaciones de cesión de datos entre empresas situadas en alguno de los Estados Miembro de la UE a otras sitas en terceros estados (en este caso, los Estados Unidos), conviene analizar con mayor detenimiento cómo los códigos privados de conducta de las redes sociales regulan la identidad de sus usuarios y, a su vez, cuál es su política de cesión de datos[14].

3. Twitter

3.1. Protección de la identidad

Las reglas de Twitter[15] que rigen las relaciones entre los usuarios y la red social se basan en cinco pilares: seguridad, privacidad, autenticidad, control de cumplimiento y apelaciones, y publicidad de terceros en contenidos de vídeo.

En lo que respecta a la identidad, las reglas de "Autenticidad" prohíben suplantar la identidad del usuario:

- En primer lugar, los usuarios se comprometen a no crear cuentas "en las que se finja ser otra persona, marca u organización". Es decir, los usuarios de Twitter deben emplear cuentas verídicas. No obstante, ello no implica que un usuario deba identificarse necesariamente con su nombre y apellidos según su propio derecho aplicable, pues puede emplear un seudónimo[16]. Pero esta regla conoce dos salvedades: Twitter permite cuentas de parodia o de grupos de admiradores, siempre que se ajusten escrupulosamente a los términos previstos por la red social[17].

- En segundo lugar, hay suplantación si y solo si el usuario actúa con una intención que puede calificarse como maliciosa – dolosa – pues, dichos perfiles deben tener por objeto "confundir o engañar".

---

[13] Se puede acceder al documento a través del siguiente enlace: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/20200724_edpb_faqoncjeuc31118_en.pdf.

[14] Los códigos de conducta de las redes sociales han sido consultados a fecha de la publicación de la presente nota y todavía no han incorporado cambio alguno tras la STJUE *Schrems II*.

[15] Véase: https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-rules.

[16] Véase: https://twitter.com/es/privacy. Véase el apartado 1.1. "Información básica de la cuenta".

[17] Véase: https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/parody-account-policy.

- En tercer lugar, Twitter puede proceder a la suspensión permanente de la cuenta, si media una denuncia de la persona afectada pues, según Twitter, "[r]evisamos los reclamos de suplantación de identidad cuando recibimos una denuncia válida" pero, bajo ningún concepto "monitoreamos activamente el contenido de los usuarios"[18].

3.2. Cesión de datos a terceros[19]

Twitter distingue dos supuestos:

- Aquellos en los cuales el usuario mismo recibe servicios de terceros y les ofrece los datos de su cuenta de Twitter, autorizándole a emplearlos; y

- Aquellos en los que Twitter, en el marco de sus relaciones comerciales, cede los datos de sus usuarios a terceros.

El supuesto problemático es el segundo.

El usuario no puede excluir la cesión de datos, sino que únicamente puede limitar su alcance, mediante la opción "Permitir el intercambio de información adicional con socios comerciales". La limitación no incluye, por ejemplo, a los proveedores de servicios domiciliados en los Estados Unidos, Irlanda y otros países (que la compañía no especifica), siempre con arreglo a la política de privacidad.

4. YouTube

YouTube, desde 2006 integrada dentro de Google[20], prohíbe que una persona pueda hacerse pasar por otra distinta, si ello genera confusión[21]. A diferencia de lo que sucedía con Twitter, no se requiere dolo, basta con la simple causación de confusión sobre la identidad de la persona creadora del contenido.

YouTube distingue entre suplantación de canal y suplantación de personalidad en sentido estricto:

- Hay suplantación de canal si un canal reproduce el perfil, las características visuales o cualquier otra información o forma de presentación de otro de modo que el primero (el perfil que suplanta) aparece como una copia exacta del segundo (el perfil suplantado).

- Hay suplantación en sentido estricto si se genera la apariencia de que los contenidos publicados han lo han sido por otra persona.

---

[18] Véase: https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-impersonation-policy. Véase el apartado "¿En qué circunstancias Twitter revisa las cuentas para asegurar el cumplimiento de esta política?".

[19] Véase: https://twitter.com/es/privacy. Véase el apartado 3. "Información que compartimos y revelamos".

[20] Véase Paul R. La Monica, *Google to buy YouTube for $1.65 billion*, CNN Money, October 9 2006: https://money.cnn.com/2006/10/09/technology/googleyoutube_deal/.

[21] Véase: https://support.google.com/youtube/answer/2801947.

Mas, como en el caso de Twitter, YouTube no exige a sus usuarios emplear un perfil que revele su identidad personal, pues permite emplear seudónimos siempre y cuando no incurran en uno de los supuestos prohibidos por su política de suplantación de personalidad.

La cesión de datos de YouTube se basa en la política de privacidad de Google[22]: como regla general, los datos se podrán ceder con el consentimiento del usuario. No obstante, hay algunos supuestos en los que se ceden datos con los administradores de dominio, para procesamiento externo y, por último, por motivos legales:

- Cumplir con cualquier requisito previsto en la legislación aplicable, o atender cualquier requerimiento de un órgano administrativo o judicial[23].

- Hacer cumplir las condiciones de servicio aplicables, incluida la investigación de posibles infracciones.

- Detectar, prevenir o solucionar cualquier fraude o incidencia técnica o de seguridad.

- Proteger los derechos, los bienes o la seguridad de Google, de sus usuarios o del público en general de la manera que lo exige o lo permite la legislación aplicable.

5. Facebook

El punto de partida de la política relativa a la identidad de los usuarios de Facebook es la autenticidad: la compañía exige que los usuarios se registren e identifiquen con su nombre real (según el derecho aplicable a su identidad personal).

La política de suplantación de Facebook incluye tres categorías de conductas prohibidas[24]:

- Primero, la falsificación de la identidad mediante el uso de un nombre diferente al utilizado por el usuario en su vida diaria[25] y, también, la inexactitud de la fecha de nacimiento.

- Segundo, el uso indebido de su red social, sea ya por registrarse antes de haber cumplido la edad de 14 años, por utilizar varias cuentas, por compartir una cuenta con otras personas o por crear perfiles no auténticos u otras cuentas reales si al usuario se le ha prohibido el uso de la red social por algún motivo.

- Tercero, la suplantación en sentido estricto:

    - (i) Uso malicioso de la imagen de una persona con finalidades de engañar a terceros usuarios

[22] Véase: https://policies.google.com/privacy?hl=en#infosharing.

[23] En el Informe de Transparencia (https://transparencyreport.google.com/user-data/overview?hl=ca), Google comparte la información sobre el nombre y tipo de solicitudes y requerimientos recibidos.

[24] Véase: https://www.facebook.com/communitystandards/misrepresentation.

[25] Sobre la política de nombres de Facebook, véase https://www.facebook.com/help/112146705538576?ref=ccs.

- (ii) Creación de perfiles o páginas mediante las cuales el usuario se apropie la identidad de un tercero, y;

- (iii) Publicación de imágenes que lleven a engaño en cuanto al origen del contenido si media oposición de la entidad afectada o si puede causar daños al público.

Según la política de cesión de datos de Facebook, la red social colabora con operadores económicos con el fin de mejorar sus propios productos. En ningún caso, afirma, vende los datos personales de sus usuarios y, además, impone restricciones estrictas sobre cómo pueden los operadores económicos con los que colabora utilizar y divulgar los datos de los usuarios[26]:

- A los socios que emplean los servicios de análisis, les proporcionan el número de personas o cuentas que han visto, reaccionado o comentado publicaciones, así como información demográfica agregada.

- A los anunciantes, les proporcionan informes sobre el tipo de personas que ven sus anuncios y qué rendimiento tiene su publicidad, sin compartir información identificativa (nombre y dirección de correo electrónico, en particular) de los usuarios.

- Con los socios de que ofrecen bienes y servicios en los productos de la red social comparten la información pública y otra información compartida por el usuario, así como los datos de envío y de contacto.

- Con los investigadores y académicos comparten información con el fin de colaborar en la formación e innovación que apoye la misión de Facebook, así como a la mejora del descubrimiento y la innovación en cuestiones ligadas al bienestar social general, el avance tecnológico, la salud y el bienestar públicos.

Con el fin de dar cumplimiento a los requerimientos legales, Facebook puede compartir con las autoridades – en el marco de un requerimiento u obligación judicial, una investigación gubernamental, o investigación de posibles infracciones de los términos y condiciones de Facebook – los datos de sus usuarios, incluidos los relativos a las transacciones financieras relacionadas con compras realizadas con Facebook.

6. Instagram

La política de suplantación de personalidad de Instagram, integrada dentro de Facebook prohíbe a los usuarios:

- Hacerse pasar por otras personas.

- Crear cuentas con la finalidad de infringir las normas comunitarias o engañar a los otros usuarios.

[26] Véase: https://es-es.facebook.com/privacy/explanation.

La red permite que sus usuarios utilicen seudónimos o se den a conocer mediante nombres diferentes al suyo propio siempre que no incumplan las prohibiciones anteriores. Ahora bien, Instagram requiere a los usuarios que proporcionen información correcta y actualizada[27].

Como Instagram está integrada en Facebook, ambas plataformas tienen la misma política de cesión de datos[28], a la cual nos remitimos. pues ya ha sido expuesta anteriormente.

7. TikTok

TikTok prohíbe a los usuarios suplantar dolosamente a terceras personas u organizaciones, es decir, con finalidades de engañar al público.

Ahora bien, si el usuario no persigue engañar al público sobre su identidad o sobre la finalidad de su perfil en la red social, la red permite la existencia de cuentas que parodien a personas o sean cuentas de seguidores (*fan accounts*)[29].

Según la política de privacidad de TikTok, la plataforma comparte los datos de sus usuarios con otros proveedores de servicios, tanto internos como externos, para mejorar sus productos. A diferencia de Facebook – e Instagram, por extensión –, TikTok aclara que puede vender los datos de sus usuarios, es decir, operar con fines lucrativos[30].

[27] Segundo párrafo del apartado "Fomenta las interacciones relevantes y genuinas": https://help.instagram.com/477434105621119/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Ayuda%20de%20Instagram&bc[1]=Centro%20de%20privacidad%20y%20seguridad.

[28] Véase: https://help.instagram.com/519522125107875/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Ayuda%20de%20Instagram&bc[1]=Centro%20de%20privacidad%20y%20seguridad.

[29] Apartado "Integridad y autenticidad" de las Normas de la comunidad, que pueden encontrarse aquí: https://www.tiktok.com/community-guidelines?lang=es.

[30] Véase: https://www.tiktok.com/legal/privacy-policy?lang=es.

InDret
3.2020

Michael Pawlik
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
-

Error de prohibición en caso de situación legal confusa

Sumario
-
El deber de cooperación del ciudadano exige que, antes de actuar, este se cerciore de que su conducta resultará inocua. Ello implica que tiene el deber de adquirir el conocimiento fáctico y jurídico necesario para que aquello sea posible. Sin embargo, ¿cómo puede ello coexistir con el gran número de leyes existentes en las sociedades modernas? ¿No se vería paralizada la sociedad si el ciudadano debiera conocer plenamente todas las normas jurídicas antes de actuar? ¿Cómo puede armonizarse el hecho de que no se debe cargar solamente al destinatario de la norma con el riesgo propio de los supuestos legales no claros con el constante reconocimiento, por el BGH, de la conciencia eventual de la antijuridicidad? Este trabajo se encarga de definir el alcance del deber de cooperación en supuestos legales complejos, como aquellos en los que distintos tribunales no logran sostener un criterio uniforme, aquellos en los que su interpretación varía entre el momento del hecho y el de la sentencia o los casos sobre los que los tribunales aún no se han pronunciado.

Abstract
-
The citizen's cooperation duty requires him to ensure, before acting, that his behavior will be harmless. That means that he must acquire complete factual and legal knowledge in order to make that possible. Is that however possible considering the large number of laws in modern societies? If every citizen had to be aware of the large number of laws before acting, would this not paralyze the normal functioning of societies? How can be harmonized the permanent jurisprudence of the BGH according to which the recognition by the author of the probable illegality of the act is not a defense, with the fact that not only the norm addressee must be burdened with the risks of legally unclear cases? Therefore, this paper defines the extension of the cooperation duty in case of complex legal situations such as those in which the different courts fail to define unanimous criteria, those in which the law interpretation varies between the time of the conduct and the time of the decision, as well as those cases in which the courts have not yet ruled on.

Abstract
-
Die Mitwirkungspflicht des Bürgers verlangt, dass er die Rechtmäßigkeit seiner Handlung vor ihrer Ausführung überprüft. Dies setzt die Erwerbung der notwendigen faktischen und juristischen Kenntnisse voraus. Wie ist das jedoch mit der hohen Anzahl von Gesetzen in modernen Gesellschaften zu vereinbaren? Würde eine Gesellschaft nicht paralysiert werden, wenn der Bürger vor der Tat die ganzen Regeln kennen muss? Ist der Befund, dass nicht nur der Normadressat die Risiken der unklaren Rechtslagen tragen muss, mit der ständigen Anerkennung des bedingten Unrechtsbewusstseins durch den BGH überhaupt kompatibel? Der vorliegende Beitrag bestimmt die Reichweite der Mitwirkungspflicht in solchen schwierigen Fällen wie denjenigen, bei denen die Gerichte keine einheitliche Kriterien formuliert haben, bei denen die Auslegung sich zwischen dem Tat- und dem Urteilzeitpunkt ändert, sowie bei denen es noch nicht keine Rechtsprechung gibt.

Title: *Mistake of law in unclear law situations*
Titel: *Verbotsirrtum bei unklarer Rechtslage*
-

Palabras clave: *Error de prohibición. Conciencia eventual de antijuricidad. Vencibilidad del error.*

Keywords: *Mistake of law. Ignorance of law. Mens rea.*

Stichwörter: *Verbotsirrtum. Bedingtes Unrechtsbewusstsein. Vermeidbarer Verbotsirrtum.*

-

1. *

Según explica KANT en una de sus lecciones sobre Filosofía moral, solamente son imputables aquellas consecuencias que surgen de la libertad de quien actúa.[1] Ello no ocurre, por una parte, en las acciones de los inimputables –*«cuando un hombre furibundo o un niño menor de edad hacen algo, eso no puede ser imputado»*–[2] y, por otra, en el *eventus inevitabiles*, a saber, aquellos sucesos que quien actúa no pudo evitar, en concreto, porque aquellos eran superiores a las fuerzas humanas o porque el autor no los podía haber previsto. Según KANT, en estos supuestos rige la regla *ultra posse nemo obligatur*, conforme a la cual dichos acontecimientos no son imputables.[3]

En la discusión jurídico-penal actual sobre los límites de la imputabilidad (*Zurechenbarkeit*) también se hace referencia a menudo a la idea del *ne ultra posse.*[4] Sin embargo, dicha referencia poco aporta si no se explica cómo se debe entender exactamente este principio. Al respecto, entran en consideración dos modelos: un modelo que, siguiendo a KANT,[5] entiende dicho principio como una concesión a la capacidad psíquica limitada del autor y otro modelo que lo concibe como expresión de una distribución del riesgo fundada normativamente. La segunda concepción es preferible. Un planteamiento que conciba el *ne ultra posse* de modo psicologicista conduce a una delimitación de las exigencias de cuidado dirigidas a los ciudadanos que resulta difícil de aceptar desde la perspectiva de la libertad de acción. Ello rige tanto cuando se consideran las situaciones coactivas,[6] como cuando se considera la teoría del error, que es la que aquí interesa. Quien deba realizar todo lo que le resulte psíquicamente posible ha de tener siempre presente el peligro de una valoración errónea de las circunstancias fácticas o de su valoración jurídico-penal y tiene que repeler ese peligro por todos los medios. De ser así las cosas, apenas existirían errores inevitables. Si se agudiza algo la imaginación, es imposible descartar, en casi ninguna situación vital, la posibilidad de que esta entrañe riesgos ocultos que podrían ser descubiertos mediante una investigación a fondo de las circunstancias.[7] Incluso en el supuesto de que el sujeto carezca de la capacidad de adquirir conocimiento, también se puede *«teóricamente evitar todo error de prohibición si uno continúa informándose hasta que surgen las razones que hablan en contra de la juridicidad de la conducta»*.[8]

En realidad, nadie concibe el criterio de la evitabilidad del error de prohibición de un modo tan estricto; así pues, una concepción de partida psicologizante implica que las limitaciones que se

---

* Autor de contacto: michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de.

[1] KANT, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 27/2, p. 563.

[2] KANT, *Praktische Philosophie,* AA, t. 27/1, p. 156.

[3] KANT, *Metaphysik der Sitten,* AA, p. 563.

[4] Comprobaciones en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 299, nm. 279.

[5] Cfr. al margen de las exposiciones presentadas también KANT, *Reflexionen zur Moralphilosophie,* AA, t. 19, 1934, p. 158 (nm. 6778): *«en el plano pragmático, no imputo las comisiones que sean pragmáticamente necesarias y, tampoco, tales omisiones, sino solo aquellas cuyo opuesto sea posible según las reglas de la inclinación».*

[6] Sobre ello PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 300.

[7] HOYER, «§ 16», *SK*, 7ª ed., nm. 25.

[8] ROXIN, *AT I,* 4ª ed., 2006, § 21/40; en este sentido también STUCKENBERG, *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 455; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 372; LEITE, «Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum», *GA* (159-11), 2012, p. 694.

consideran necesarias no se pueden deducir y fundamentar sistemáticamente, sino que se deben improvisar caso por caso,[9] lo que conduce a que, *«en última instancia, se puede fundamentar cualquier conclusión»*.[10] Esto, como ya afirmaba BINDING, está *«jurídicamente mal concebido, pues la evitabilidad del error se determina en concreto conforme a la medida de la exigencia jurídica del poder para la acción en cuestión»*.[11] Por ello, un error evitable en sentido jurídico es, según BINDING, *«aquel que quien estaba en error habría evitado en caso de cumplir dicha exigencia proporcional, por tanto, que el no haberlo evitado se le reprocha precisamente en este caso»*.[12] Con esta definición, BINDING separa el criterio de la evitabilidad de las capacidades psíquicas de los ciudadanos y sustituye estas últimas por expectativas acotadas normativamente. La normativización del concepto de evitabilidad, sostenida por BINDING, se ha impuesto hoy ampliamente,[13] y ello con razón, ya que solo tal concepción es compatible con un orden jurídico de libertades.

Pues bien, solamente se plantea el análisis de la evitabilidad quien previamente ha afirmado la concurrencia de un error del autor. Ahora bien, antes y ahora, la opinión dominante entiende el concepto de error de modo psicologicista. Según dicha concepción, el error es la falta de coincidencia entre conciencia y realidad.[14] El error puede consistir tanto en una falsa representación como en la total ausencia de representación;[15] lo decisivo es que el estado de conciencia del que yerra no se corresponda con las circunstancias fácticas. La diferencia que radica en ello si se compara con la estrategia de creación conceptual en el plano de la prueba de la evitabilidad es una diferencia inocua en cuanto a sus consecuencias prácticas, siempre que se afirme la existencia de un error. En cambio, si la representación del autor no se califica como errónea y, por tanto, se le atribuye conciencia de antijuricidad, se obstruye desde un comienzo la posibilidad de un fino control normativo según el criterio de la evitabilidad.

Cuanto más ampliamente se conciba el concepto de la conciencia de antijuricidad, más pequeño será el espacio en el que entra en consideración una exoneración del autor de responsabilidad jurídico-penal. Un medio probado para delimitar el ámbito de los errores lo constituye la figura de la denominada *conciencia eventual de la antijuricidad*. Según esta, el error ya se excluye cuando el implicado considera seriamente posible que su comportamiento puede ser antijurídico.[16] Aplicada coherentemente, dicha concepción conduce en los casos en los que el ciudadano que quiere actuar se enfrenta a una situación jurídica difusa, a cargar a dicho ciudadano con *todos los riesgos jurídicos*, incluyendo aquellos que están más allá de su ámbito

---

[9] VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 110.

[10] VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 119.

[11] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 567.

[12] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 567.

[13] NEUMANN, «§ 17», *NK*, t. I, 4ª ed., 2013, nm. 54 s.; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 7/21; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 19/35; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., § 21/21; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, pp. 78, 316; JOECKS, «§ 16», *MK*, 3ª ed., 2017, nm. 2; PUPPE, «§ 16», *NK,* 4ª ed., 2013, nm. 2; BRINGEBAT, *Grundbegriffe des Strafrechts,* 2003, nm. 656; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1995, § 29, p. 307; KINDHÄUSER, *AT*, 5ª ed., 2011, § 26/3; KÜHL, *AT*, § 13/7 s.

[14] Ejemplificativamente JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1995, § 29, p. 307.

[15] KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 13/7 s.; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 21/21.

[16] BGHSt 4, 1, 4; 45, 219, 225; 58, 15, 27 s., 31 s.; BGH *NStZ* 1996, 1604, 1605 s.; 2002, 3415, 3417; 2011, 1236, 1239; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *SK*, 29ª ed., 2014, nm. 5a; RUDOLPHI, «§ 17», *SK*, 7ª. ed., 2014, nm. 12; KÜHL, *AT*, § 11/30, § 13/59a.

de influencia y responsabilidad —como las formulaciones legales imprecisas o la jurisprudencia no unánime—.

Una distribución unilateral del riesgo de tales características es a lo sumo aceptable en ordenamientos jurídicos poco complejos con la correspondiente cifra baja de cuestiones jurídicas discutidas. Sin embargo, si se tiene en cuenta la actual realidad del Derecho, caracterizada por una intensa dinámica tecnológica y social, una producción de normas extraordinariamente amplia y el correspondiente aumento vertiginoso del número de casos jurídicos dudosos, aquella distribución resulta, como subraya correctamente NEUMANN, inaceptable.[17] Según esto, actuar sería *«de entrada peligroso»*.[18] Por tanto, a un agente que pretende evitar conflictos jurídicos no le quedaría más remedio que abandonar la realización de su proyecto cuando –por ejemplo, porque no existen aún sentencias judiciales sobre el problema o porque la jurisprudencia aún no ha llegado a una solución unitaria– no pueda partir con seguridad de que el comportamiento que pretendía realizar es admisible. Una interpretación que fuerce a tal máxima defensiva afecta *«en su núcleo a la libertad general de acción en cuanto principio»*.[19] Este planteamiento no puede ser en modo alguno –y al respecto hay un amplio consenso–[20] la última palabra de una dogmática penal afín a la libertad.

Sin embargo, ¿cómo se puede compatibilizar la valoración político-criminal, también aprobada por la jurisprudencia y conforme a la cual –utilizando una expresión del Tribunal Federal— no se puede cargar unilateralmente al destinatario de la norma con el riesgo de las situaciones jurídicas confusas,[21] con el permanente reconocimiento por parte del tribunal de la conciencia eventual de la antijuricidad? La respuesta sencilla reza: de ninguna manera.[22] Pero la mayoría de los intentos de fundamentación formulados en la doctrina resultan ser soluciones imperativas que, desde el punto de vista de la teoría del delito, son cuestionables.

En principio, la tensión que se acaba de poner de relieve se puede resolver de dos formas distintas. Quien se aferre a la concepción tradicional de la conciencia eventual de la antijuricidad debe ubicar la solución de los casos en los que quien actúa se enfrenta a un supuesto legal poco claro fuera de la regulación del error de prohibición, ya sea haciendo una analogía con el § 17 StGB[23] o recurriendo a una solución en sede de exigibilidad que, tácitamente, soslaya la problemática del error.[24] A quien rechace estas construcciones, si quiere permanecer dentro del marco de análisis tradicional, solo le queda la posibilidad de desplazar el límite entre la conciencia de antijuricidad y el error de prohibición a favor de este. Según esto

---

[17] NEUMANN, «§ 17», *NK*, nm. 51; EL MISMO, «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS*, 1993, pp. 795 s.; FRISTER, *AT*, 7ª. ed., 2015, § 19/5; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 407; PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/14 s.; LA MISMA, «Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit», en ROGALL *et. al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 234 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 323; GAEDE, «Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?», *HRRS*, 2013, p. 459; LEITE, *GA* (159-11), 2012, pp. 694 s.

[18] VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 316.

[19] VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 347.

[20] LEITE, *GA* (159-11), 2012, pp. 692 s. con más bibliografía.

[21] BGH *NJW* 2007, p. 3079, igualmente, OLG Stuttgart, *NJW* 2008, pp. 243, 245.

[22] También CORNELIUS, «Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen - ein dogmatischer Irrweg», *GA* (162-2), 2015, p. 106.

[23] Así, por ejemplo, RENGIER, *AT*, 5ª ed., 2013, § 31/25; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 21/34.

[24] Así OLG Stuttgart, *NJW* 2008, 243, 244 s.; VOGEL, «§ 17», *LK*, t. I, 12ª ed., 2007, nm. 69; RUDOLPHI, «§ 17», *SK*, 7ª ed., 2014, nm. 13; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 19, nm. 31.

último, la necesaria conciencia de antijuricidad ya falta cuando el autor considere su actuar como posiblemente permitido,[25] en todo caso cuando considere altamente probable la juridicidad de su conducta[26] o cuando no quiera la realización del injusto.[27]

Sin entrar en las diferencias de detalle, estas fundamentaciones tienen *una cosa* en común: con palabras de NEUMANN, aquellas intentan compensar las inseguridades *objetivas* del Derecho mediante modificaciones en el plano de la imputación *subjetiva;*[28] aquellas tratan como problema de déficit de información del autor lo que en verdad es un déficit de regulación del sistema normativo.[29] Con ello, vinculan la exención de responsabilidad jurídico-penal del autor a criterios que son eternos a la reflexión realizada para fundamentar tal exoneración. La consecuencia son las incoherencias valorativas. Sobre todo, surge la siguiente pregunta: ¿por qué la idea de que los ciudadanos no deben cargar con los consiguientes riesgos jurídico-penales de las oscuridades jurídicas, frente a los que no pueden hacer nada, debería entrar solamente en consideración cuando el ciudadano individual haya considerado que su comportamiento jurídicamente ambiguo en el momento de la acción era posiblemente o incluso probablemente antijurídico? ¿Cambia en lo más mínimo la falta de culpabilidad institucional (*sic venia verbo*) de quien actúa por la situación objetiva el hecho de que él, en tanto pesimista incurable, estuviera firmemente convencido de que, en caso de duda, "el Estado" decidirá siempre en su contra, es decir, que el Estado calificará su comportamiento como prohibido?

¿Cómo se puede considerar adecuadamente en el sistema del delito la conclusión formulada por NEUMANN? Si la respuesta debe ser algo más que una formulación *ad hoc,* requiere un fundamento elaborado desde la teoría del Derecho penal. La cuestión de la distribución de responsabilidad entre el ciudadano que actúa en una situación de inseguridad jurídica y la comunidad en Derecho debe integrarse en una concepción integral de los fundamentos, presupuestos y límites del injusto penal.[30] Cómo deba traducirse esta exigencia es una cuestión que se expone en las próximas páginas.

---

[25] PUPPE, en ROGALL *et. al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 236.

[26] FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, § 19, nm. 5; HEGER, «Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht», en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, 2013, pp. 99 s.; RODENBECK, *Die Bestrafung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung*, 2012, pp. 137 ss.

[27] GAEDE, *HRRS*, 2013, pp. 460 ss.

[28] NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 51.

[29] NEUMANN, «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte ?», *ZStW*, (103), 1991, p. 333; EL MISMO, *JuS*, 1993, p. 798. Igualmente KÖHLER, *AT*, 1997, p. 415; CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, p. 108; DEHNE-NIEMANN, «Zusammenfassung von "Alea iacta est" -Straflosigkeit der Vermittlung privater Sportwetten? (zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 16.08.2007, Az.: 4 StR 62/07)», *wistra* (10), 2008, p. 366; LÜDERSSEN, «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht — Vorsatz und Irrtum», *wistra* (6), 1983, p. 231; NAUKE, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision"», en SCHÜNEMANN (ed.), *FS Roxin,* t. I, 2001, pp. 514 ss., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 322 ss.

[30] Por ello resulta precipitado que CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, pp. 114 ss., que es el último que ha tratado el tema hasta ahora, tras criticar los intentos de solución tradicionales, suba inmediatamente al plano constitucional. Un buen penalista debe, en primer término, agotar el potencial argumentativo de su propia disciplina.

2.

En mi *Injusto del ciudadano* se desarrolla una concepción del delito y de la pena que se puede denominar expresiva y cuya (en mi opinión) más convincente fundamentación filosófica se remonta a los filósofos norteamericanos ROBERT BRANDOM, JOHN MC DOWELL, ROBERT PIPPIN y TERRY PINKARD. Esta interpretación que se debe, además de a HEGEL, esencialmente a la filosofía tardía de WITTGESTEIN y que es pragmática en sentido amplio, intenta desmitificar las obras de arte argumentativas de HEGEL mediante la traslación de sus consideraciones al análisis de prácticas sociales. Según esto, HEGEL toma[31] la, en palabras de BRANDOM,[32] *«idea más profunda y original de KANT»*. Conforme a esta idea, los juicios se diferencian de las actividades de los seres vivos irracionales en que en aquellos se trata de algo de lo que los juzgadores son responsables en un sentido específico y, por tanto, algo que están obligados a fundamentar.[33] Sin embargo, HEGEL entiende que estas fundamentaciones no se pueden extraer de un ámbito ahistórico de consideraciones meramente formales, según la forma del imperativo categórico,[34] sino que el ejercicio de la razón práctica presupone la existencia de prácticas sociales de contenido rico y dinámico en las que se darían y se exigirían razones.[35] En su interacción conjunta, las prácticas mencionadas constituyen esa realidad autónoma, estructurada institucionalmente de múltiples formas, que HEGEL denominó *«espíritu objetivo»*.[36] Conforme a esta concepción, al igual que los juicios cognitivos, también las acciones *«se explican mediante razones, esto es, mediante la exposición de estados psíquicos, a cuya luz podemos reconocer en qué medida la acción explicada hubiera podido resultarle racional al agente»*.[37] En esa medida, toda acción constituye un acto comunicativo con sentido, una auto-determinación discursiva:[38] *«así debe ser y eso puedo fundamentarlo si se me exige»*.[39]

Esto también rige para los hechos punibles. La comunidad en Derecho estatalmente institucionalizada exige a sus miembros, por medio del Derecho penal y en su estatus de *ciudadanos*, en su, con palabras de HEGEL, *«obligación contra lo sustancial»*,[40] lo general, y los ata a su responsabilidad como coportadores del estado de libertades existente.[41] Ciertamente, el ciudadano individual no tiene responsabilidad directa por el bien común; dado que, a la vista de la complejidad de las sociedades modernas, tal responsabilidad sería literalmente inconmensurable, el ciudadano, simplemente, no podría cumplirla. Pero el ciudadano sí le debe a la comunidad política el cumplimiento externamente correcto de los deberes concretos que el

---

[31] BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 281.

[32] BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 23.

[33] BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, pp. 27 ss.; MC DOWELL, *Die Welt im Blick*, 2015, pp. 22, 109.

[34] PIPPIN, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, p. 178; MC DOWELL, *Die Welt im Blick*, 2015, p. 240.

[35] BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 302; MC DOWELL, *Die Welt im Blick*, 2015, pp. 241 ss.; PIPPIN, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, pp. 43 s.

[36] BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, pp. 73, 302; PINKARD, «Innen, Außen und Lebensformen: Hegel und Wittgenstein», en HALBIG/QUANTE/SIEP (eds.), *Hegels Erbe*, 2004, pp. 276 ss.; PIPPIN, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, p. 124.

[37] MC DOWELL , *Wert und Wirklichkeit*, 2002, p. 95.

[38] Cfr. BRANDOM *, Expressive Vernunft*, 2000, p. 873.

[39] Con más detalle, PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, *passim*.

[40] HEGEL, «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en MOLDENHAUER/MICHAEL (ed.), *Werke*, t. 7, 1986, § 261 A, p. 408.

[41] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 105 ss.

ordenamiento jurídico le impone.[42] En la medida en que cumple sus deberes, contribuye al mantenimiento del estado de libertades existente. Si actúa contra dichos deberes de un modo comunicativamente relevante, lesiona su deber de cooperación y comete un injusto criminal. Como afirma JAKOBS, desde esta óptica, el delito se presenta como un *«discurso»*,[43] a saber, como un *«posicionamiento frente a la vigencia de la norma»*,[44] con el contenido significativo de una contradicción a la norma: *«¡esta sociedad no!»*[45] A la contradicción del delincuente de la norma por él transgredida se contrapone por su parte el castigo y, en concreto, con una intensidad comparable con la lesión de aquella, esto es, infligiendo o, por lo menos, amenazando con infligir un menoscabo a sus bienes.[46]

Según esto, para poder hablar de un injusto criminal se deben cumplir dos presupuestos. Por un lado, el contenido de la obligación que atañía al autor en el momento de la acción debe estar *definido* con suficiente exactitud. Dado que el sujeto no pertenece a "su" comunidad en Derecho literalmente en cuerpo y alma, sino que le adeuda solamente un grado limitado de lealtad, solamente pueden dar lugar a un castigo las obligaciones suficientemente definidas, esto es, las obligaciones limitadas; esta exigencia encuentra su reflejo jurídico-constitucional en el art. 103 párr. 2 de la Ley Fundamental. Por otra parte, para poder «dar soporte» a la imposición de pena en su inequivocidad comunicativa y física, la acción debe tener que interpretarse conforme a su sentido comunicativo como una sublevación inequívoca contra la pretensión de cooperación de la comunidad en Derecho. Si falta esa inequivocidad, el autor, ciertamente, ha mostrado ser un contemporáneo desconsiderado que está dispuesto a apurar hasta el extremo los límites de lo jurídicamente admisible, pero no ha cometido un injusto criminal.[47]

3.

Según la interpretación defendida por PUPPE, en casos de contextos legales no aclarados ya no se cumple la primera de las exigencias anteriormente mencionadas. Para fundamentar esta tesis, PUPPE apela a la afianzada perspectiva de la nueva teoría jurídica del método, a saber, el enunciado del carácter creativo de la interpretación jurídica.[48] Según este, la interpretación de normas jurídicas no solo constituye el descubrimiento de un Derecho que ya existía objetivamente, sino la creación de un nuevo Derecho.[49] ¿No debe inferirse de ello que, mientras en la praxis jurídica no se haya impuesto ninguna de las lecturas posibles (que compiten entre ellas) del contenido de una obligación, falta entonces un deber suficientemente definido, de manera que el autor que se guía por una de las interpretaciones defendibles de la norma de

---

[42] HEGEL, *Vorlesungen über die Ästhetik I*, en MOLDENHAUER/MICHAEL (ed.), *Werke*, t. 13, 1986, p. 241.

[43] JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13.

[44] JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 34.

[45] JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 111.

[46] JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 112.

[47] En esta medida igual que en el presente texto GAEDE, *HRRS,* 2013, p. 462.

[48] Resumiendo, MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, 11a ed., 2013, p. 185 ss.; SEELMANN/DEMKO, *Rechtsphilosophie,* 6ª ed., 2014, § 6 nm. 29 ss.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 2015, nm. 677 ss.

[49] PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/7; LA MISMA, en RODALL *et al* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 231 s.

comportamiento, ya objetivamente, no realiza injusto alguno?[50] Por mucho que esta vía argumentativa parezca muy atractiva a primera vista, requiere una modificación que tenga en cuenta la estructura profunda de la argumentación racional descubierta de modo decisivo por NEUMANN.

Todo científico del Derecho que se enfrenta a una cuestión jurídica controvertida considera que la interpretación que finalmente hace propia, está fundamentada de modo más convincente que todas las demás lecturas posibles que entran en consideración (o al menos debe aparentarlo).[51] Ni siquiera quien se ha apartado de la idea conforme a la cual la interpretación de normas es un acto cognitivo, el conocimiento de un contenido que siempre ha estado oculto, no reclama para sí un espacio de decisión que sea independiente de las consideraciones que ha formulado en el curso de su ponderación previa de los argumentos en pro y en contra relevantes, sino que decide solamente del modo en que lo hace porque se considera vinculado a su propia valoración previa. Desde el punto de vista lógico-argumentativo, la importancia de su decisión se agota en, por así decirlo, ratificar el resultado de esta valoración, en hacerlo visible hacia afuera.

Sin embargo, quien argumenta jurídicamente no se limita a afirmar que a él, personalmente, esta o aquella interpretación de la ley le parece mejor fundamentada que cualquier otra. Como pone de relieve NEUMANN, las argumentaciones jurídicas tienen la pretensión de poseer fuerza de convicción material, esto es, independiente de preferencias individuales, intereses y visiones del mundo.[52] *«Sin esta aspiración a un poder de convicción indiferente respecto al destinatario, esto es, pretensión de corrección material, no sería imaginable la vinculación argumentativa entre los diversos tribunales, la praxis del Derecho y la ciencia del Derecho, entre la Fiscalía y los abogados defensores»*.[53] Ahora bien, precisamente por ello, un científico del Derecho concreto no puede esperar al momento de su decisión para otorgar superioridad de contenido a las razones para él decisivas y a la interpretación basada en ellas. Conforme al poder de convicción *material* que reclama para ellas, debe afirmar la superioridad de estas para todo el espacio de tiempo en el que la *«cosa»* en forma de las condiciones marco jurídicas (texto de la norma y cultura de interpretación) ya existían del mismo modo en que estaban configuradas en el momento de pronunciar su juicio.

Por tanto, la lógica de la argumentación normativa vincula a los jueces que resuelven a la idea de que el comportamiento del acusado o bien se separó de las indicaciones de la correspondiente norma de prohibición *tanto* en el momento del hecho *como* en el de la sentencia, o bien que dicho comportamiento se ajustaba a dichas indicaciones en los *dos* momentos. Por consiguiente, quien siga una interpretación jurídica discrepante comete, desde su perspectiva, un error, con independencia de si se trata de un acusado en el momento de su hecho o de un científico del Derecho que, después, somete a dicho hecho a una valoración. Lo

---

[50] En este sentido, PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/8; LA MISMA, en RODALL *et al* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 231 s.; DEHNE-NIEMANN, *wistra*, (10), 2008, p. 366; NAUKE, en SCHÜNEMANN (ed.), *FS-Roxin I*, 2001, pp. 516 s.

[51] NEUMANN, «Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8ª ed., 2011, p. 342, EL MISMO, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 90.

[52] Esto coincide con la posición general en el marco de la teoría del método; cfr. solo KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2ª ed., 2011, pp. 421 ss.; MAHLMANN, *Konkrete Gerechtigkeit*, 2015, § 7, nm. 45; REIMER, *Juristische Methoden Lehre*, 2016, nm. 704.

[53] NEUMANN, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 80.

correcto en el presente –no en tanto «salvador» pero sí en tanto *«fundamentado de la mejor manera posible»*[54]- también fue correcto en el pasado y lo que es incorrecto en el presente también lo fue entonces; en ello no hay un fundamentalismo premoderno, sino el presupuesto de sentido de toda argumentación.

Por ello, no está en manos del juez hacer al imputado la concesión de que en el momento de su hecho aún no existía la necesaria norma de conducta,[55] sino que el juez se debe *a sí mismo,* en cuanto sentenciador racional, la afirmación de que al momento del comportamiento del autor el límite entre Derecho e ilícito ya estaba definido de manera suficientemente inequívoca. Sin embargo, NEUMANN destaca acertadamente que, desde la perspectiva de la protección de la confianza, el convencimiento por parte del juez de la corrección de la decisión resulta irrelevante.[56] Por tanto, con la constatación de que el autor actuó en contra de la norma de comportamiento, entendida esta en el sentido del tribunal sentenciador, no se ha decidido en absoluto si él *infringió su deber de cooperación*. Condición necesaria para esto último es que su comportamiento tenga el significado de *negativa inequívoca* del merecimiento de observancia de tal deber. La justificación de tal interpretación es algo que debe determinarse a partir del fundamento de legitimación del deber de cooperación.

Este deber se puede imponer al ciudadano porque es necesario para el mantenimiento del estado de libertades existente.[57] Un estado de la libertad se caracteriza por la existencia de un marco normativo de orientación y valoración que no constituye solo un constructo ideal –por muy bien fundamentado que esté–, sino que es también *posibilitador de realidad (wirklichkeitsmächtig)*, en el que, por tanto, los ciudadanos pueden confiar efectivamente a la hora de planificar su vida. Solo en la medida en que la interpretación de la norma de comportamiento que el juez ha tomado como base, resulta parte, en el momento del hecho, de este marco normativo realmente orientador, la infracción de aquella por el autor posee el significado objetivo de una infracción del deber de cooperación. En cambio, si en el momento del hecho la interpretación del juez constituye solamente una propuesta de interpretación entre muchas, de modo que aquella interpretación se encontraba todavía en el estadio previo de lo real, de lo que configura la vida y, por tanto, en el ámbito de lo (meramente) posible, entonces lo que posibilitaba la realidad no era la específica interpretación de la norma reconocida por el juez, sino «la norma» en su versión abstracta como quintaesencia de todas las posibilidades de interpretación que entraban seriamente en consideración. En la medida en que el comportamiento del autor fue conforme a por lo menos una de estas lecturas, le falta la cualidad de ser una negación inequívoca del ordenamiento jurídico, de manera que dicho comportamiento no constituye, ya por su configuración objetiva, una infracción del deber de cooperación.[58]

Esto rige con más razón en aquellos casos en los que el comportamiento del autor se ajustaba, *en el momento del hecho*, con la interpretación de la norma decisiva desde el punto de vista práctico de la vida, pero dicha interpretación ha sido objeto de un endurecimiento con la

---

[54] NEUMANN, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, pp. 89 s., p. 159.

[55] Coincidiendo en los resultados CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, pp. 113 s.

[56] NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 342.

[57] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss.

[58] En los resultados, ampliamente coincidente con lo aquí expuesto NEUMANN, «§ 17», *NK*, nm. 51, EL MISMO, *JuS*, 1993, pp. 798 s. Más referencias en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 327, n. 433.

consecuencia de que el comportamiento del autor, según el criterio del *«ordenamiento jurídico practicado»*[59] *en el momento de la sentencia,* estaba prohibido. En contra de lo que sostiene una opinión defendida por algunos, el castigo del acusado no fracasa aquí por su contrariedad a la prohibición jurídico-constitucional de retroactividad.[60] La alusión al art. 103 párr. 2 de la Ley Fundamental ignoraría las diferencias entre la actividad de decisión parlamentaria y la del Tribunal Federal.[61] Los tribunales son suficientemente instruidos mediante su deber de fundamentar las sentencias de tal manera que se incorpore la ciencia jurídica existente hasta el momento y se satisfagan los estándares de argumentación de la ciencia jurídica de su tiempo. En cambio, la política jurídica no está obligada a la unidad axiológica (y tampoco puede estarlo): el elemento de la política que media en todo es el compromiso.[62] El recurso a la prohibición de retroactividad no solo elimina lo diferenciador, sino que es, además, superfluo, pues a la conclusión de que un acusado que actuó todavía bajo el anterior régimen interpretativo ha de quedar impune, también se puede llegar basándose en una argumentación puramente jurídico-penal teórica. Conforme a lo que se ha dicho hasta aquí, la fundamentación es evidente: en una configuración del caso de tales características, el actuar del acusado no tenía el significado objetivo de ser una infracción de un deber de cooperación.[63]

Un ciudadano cuyo comportamiento se encuentra en sintonía con la praxis jurídica del momento ha hecho todo lo que la comunidad en Derecho puede exigir de él. Por ello, es indiferente si el respectivo ciudadano conocía esa praxis o si ha acertado con lo que ella considera correcto de modo más o menos casual. También en caso de que dicho ciudadano haya infringido su incumbencia de informarse,[64] disfruta de una exoneración de responsabilidad jurídico-penal siempre que al final su aportación sea igual a la que podría haber realizado el ciudadano adecuadamente informado sobre el ordenamiento. Por ello, hay que concordar con la opinión de NEUMANN y de la jurisprudencia más reciente: dado que en este caso la lesión de tal incumbencia no tuvo consecuencias, falta una prerrogativa para reprochar dicha infracción al autor.[65]

Tampoco es relevante si el propio ciudadano consideró que su comportamiento era, posible o incluso probablemente, conforme a Derecho. Un autor que, pese a la existencia de una praxis jurídica que aprueba su comportamiento, parte, en el momento del hecho, de la contrariedad a la ley de su conducta, tampoco posee una conciencia del injusto normativamente relevante si después el tribunal que sentencia su conducta llega a la conclusión de que su actuación fue,

---

[59] JAKOBS, *AT,* 2ª ed., 1991, § 19/25.

[60] Así, por ejemplo, PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/32; CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, pp. 114 ss.; DEHNE-NIEMANN, *wistra* (10), 2008, p. 366.

[61] Sobre ello JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 4/81 con más bibliografía; fundamentalmente de acuerdo NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 343.

[62] GERHARDT, *Partizipation: Das Prinzip der Politik*, 2007, p. 426.

[63] A favor del tratamiento como error de prohibición inevitable se pronuncian NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 68; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 17», en SCHÖNKE/SCHROEDER, *SK*, 29ª ed., 2014, nm. 20; también con la reserva de una ponderación vinculada al caso concreto VOGEL, «§ 17», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 63; JOECKS, «§ 17», *MK*, 3ª ed., 2017, nm. 50.

[64] Más próximo sobre ello, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 329 ss.

[65] BGHSt. 37, 55, 67 s.; BayObLG, *NJW* 1989, 1744, 1745; KG, NStZ 1990, 185, 186; NEUMANN, «§ 17», *NK*, nm. 81; EL MISMO, *JuS*, 1993, p. 798. Más bibliografía en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 329 nm. 441.

efectivamente, antijurídica.[66] Al igual que el ciudadano particular no *debe* conocer más que la praxis vivida de su comunidad en Derecho, tampoco *necesita* conocerla más que dicha comunidad cuando busca definir su ámbito jurídico de actuación. Lo mismo rige en los casos en que, en el momento del comportamiento del autor, la situación jurídica era ambigua. Ni siquiera el pesimista, anteriormente mencionado, que parte de que los tribunales calificarán su comportamiento como antijurídico, merece un reproche jurídico-penal cuando dicho comportamiento, conforme a su significado objetivo en el momento de su realización, no aparecía como negación inequívoca de la exigencia de cooperación que atañía a dicho autor. Antes de adentrarse en lo que el autor se representó, debe determinarse lo que su comportamiento significa objetivamente. La regulación legal del error de prohibición es, concebida en estos términos, incompleta: ella irrumpe después de que ya se haya realizado gran parte del trabajo hermenéutico.

4.

¿Bajo qué presupuestos puede afirmarse que una interpretación es posibilitadora de realidad, esto es, que ofrece orientación para la vida práctica, orientación que va claramente más allá de la que surge de una propuesta interpretativa cualquiera? Es obvio que esta pregunta no se puede responder con exactitud casi matemática –una exigencia que, en cualquier caso, no opera en el área de las prácticas sociales–. En cambio, sí es posible y, para los fines de una dogmática segura que no teme la realización de valoraciones propias, también suficiente la elaboración de clases de casos.

En primer lugar, es orientadora en el sentido expuesto la jurisprudencia.[67] Su función consiste en superar la inseguridad que surge de la coexistencia de interpretaciones jurídicas igualmente atendibles.[68] Ciertamente, las resoluciones jurisprudenciales generan, por regla general, efectos jurídicos directos solamente *inter partes;* sin embargo, como afirma NEUMANN, la capacidad orientadora que se desprende de ellas va mucho más allá.[69] La confianza fundamental del ciudadano en que los demás sujetos en Derecho se orientarán, como él, conforme a la misma instancia de interpretación autoritativa-independiente posibilita al ciudadano concreto un cierto grado de estabilidad de la expectativa que se corresponde de la mejor manera posible con la pretensión del ordenamiento jurídico de fundar un orden de libertad real. Si los tribunales

---

[66] En términos semejantes MANSO PORTO, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, 2009, p. 113; DEHNE-NIEMANN, *wistra* (10), 2008, p. 366; distinto ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 21/14.

[67] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 326 con más bibliografía. Esto se corresponde también con la pretensión de los tribunales. Clara por ejemplo BGHSt 15, pp. 155, 158: como las leyes penales no tienen vida propia, son determinantes su interpretación y praxis aplicativa permanente por medio de los tribunales llamados a ello.

[68] En la filosofía política de la Edad Moderna esto se reconoce unánimemente; cfr. solo LOCKE, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 5ª ed., 1992, § 87, p. 253; KANT, *Metaphysik der Sitten,* AA, t. 6, 1907, § 44, p. 312.

[69] NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 350; EL MISMO, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 156; LEPSIUS, «Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung Besprechung von BVerfG, Beschluss v. 17. 12. 2013 – 1 BvL 5/08», *JZ* (10), 2014, p. 491. Este "efecto lejano" encuentra su expresión jurídico-positiva en el instituto del deber de presentación (§§ 121 párr. 2, 132 párr. 2 GVG) (NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 349). Que este efecto no es de naturaleza contingente, sino que es querido, se confirma mediante la práctica de la publicación de todas las sentencias de los tribunales que son relevantes en alguna medida.

han logrado una práctica interpretativa suficientemente estable, el ciudadano concreto debe orientarse según esa práctica para poder exonerarse de responsabilidad penal.

En la medida en que los tribunales no hayan disuelto las ambivalencias de tenor de la ley en favor de una determinada interpretación, se amplía, según lo expuesto, el área de lo que posibilita la realidad a todas las variantes posibles que presentan aproximadamente las mismas posibilidades de imponerse. Si, por ejemplo, tribunales del mismo rango sostienen interpretaciones contradictorias de una misma norma legal, el autor estará libre de responsabilidad penal aunque solamente *una* de aquellas interpretaciones le exoneraría.[70] Cualquier otra valoración expondría al Estado a la sospecha del *venire contra factum proprium*, *«ya que, si quiere punir, contradiría el actuar de sus propios órganos, a saber, el fallo del juez»*.[71] Si, en cambio, se tratara de la decisión de órganos sentenciadores de diferentes instancias, el autor tiene que comportarse en sintonía con el tribunal de mayor rango. El planteamiento aquí sostenido no concede al autor un cheque en blanco para escoger, a discreción, lo que más le convenga.[72]

¿Qué ocurre con los grupos de casos en los que los tribunales aún no se han pronunciado porque, por ejemplo, la norma correspondiente ha sido promulgada hace poco tiempo? Tampoco en esta situación de un comienzo relativamente nuevo tienen el mismo valor todas las posibles interpretaciones defendibles de alguna manera, sino que el ciudadano debe estar a la interpretación que posea, según el estado de cosas, la mayor autoridad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que solo en contados casos un precepto legal constituye una *creatio ex nihilo,* pues la mayoría de las veces dicho precepto se introduce como una piedra adicional en un edificio normativo existente. Esto sucede, de manera reconocible para los ciudadanos, normalmente asumiendo que la praxis interpretativa que la jurisprudencia ha desarrollado en ámbitos aledaños, también se extenderá a la nueva norma. La realización correcta de esta asunción incumbe a la dogmática. Quien actúa debe orientar su actuar a aquella interpretación dogmática que, según la opinión de la mayoría de los participantes en la discusión, haga mejor justicia a aquella asunción.[73] Solo cuando no sea posible identificar con suficiente seguridad una opinión mayoritaria, el sujeto es libre para elegir, entre las distintas propuestas interpretativas en pugna, la que más se adecúe a las finalidades de su acción.

¿Pero qué sucede con el autor que hace propia una interpretación jurídica ciertamente defendible pero no posibilitadora de realidad en el sentido anteriormente expuesto? ¿Merece la

---

[70] NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 72; FISCHER, «§ 17», *StGB,* 63ª ed., 2016, nm. 8; HEGER, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, 2013, pp. 94 s. consideran, en este caso, un error de prohibición inevitable. Otras posiciones (OLG Stuttgart, *NJW* 2008, 243; VOGEL, «§ 17», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 69; JOEKS, «§ 17», *MK*, 3ª ed., 2017, § 17, nm. 53; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *SK*, 29ª ed., 2014, nm. 21; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 19, nm. 44) colocan a este resultado bajo la reserva de la prueba de la exigibilidad en el caso concreto. A favor de la evitabilidad del error de prohibición se pronuncian RUDOLPHI, «§ 17», *SK*, 7ª ed., 2014, nm. 38 y ROXIN, *AT*, 4ª ed., 2006, § 21/65.

[71] KÜCHENHOFF, «Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums», en SPENDEL (ed.), *FS-Stock*, 1966, p. 85.

[72] Va aún más lejos en sus conclusiones WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 319: cada sentencia de los tribunales, en el sentido del autor que no presente errores graves priva a un error de prohibición de su reprochabilidad.

[73] ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 21/65. Detrás de ello se esconde una simple reflexión sobre la probabilidad: aquella posición que, hasta ahora, ha convencido a la mayoría de los participantes en la discusión jurídica, tiene, en caso de duda, las mejores chances de imponerse también ante el tribunal.

pena completa quien apela a una sentencia de un tribunal de un Estado federado, aunque un tribunal superior ha fallado en otro sentido o quien sigue una interpretación minoritaria que todavía no ha logrado imponerse? Plantear la pregunta en estos términos implica responderla negativamente. Quien se comporta de un modo considerado admisible por una parte de la praxis jurídica o por algunas voces de la teoría del Derecho que deben tomarse en serio, su comportamiento se diferencia, según su contenido comunicativo, profundamente del comportamiento de quien se mueve en el ámbito de lo indiscutiblemente antijurídico. Aquel sujeto simplemente se ha apartado de la interpretación jurídica dominante del momento, pero no del Derecho en tanto ámbito discursivo de posibilidades que se encuentra en constante movimiento. Por ello, a la menor intensidad de la infracción de su deber de cooperación le corresponde una pena atenuada conforme al § 17 apdo. 2 StGB.

Ahora bien, la concepción psicologisista dominante del error se muestra, en este contexto, nuevamente como incorrecta, pues también aquí el fundamento de la atenuación de pena radica en el significado *objetivo* específico del hecho. Por tanto, de nuevo, lo relevante no puede ser la valoración *subjetiva* del autor. Expulsar estos casos del ámbito de aplicación del § 17 StGB resultaría poco convincente, ya que ello desembocaría más en un ocultamiento del conflicto valorativo y no en su superación sistemáticamente convincente. Por ello, la mejor salida consiste en la normativización coherente del elemento del error. Según esto, en caso de responsabilidad objetivamente reducida del autor, su percepción errónea debe ser tratada *per se* como error en sentido jurídico, independientemente de lo que él haya pensado en realidad.

5.

NEUMANN afirma que actualmente falta el instrumental conceptual para dar una solución dogmática adecuada a la problemática del error de prohibición en caso de situación jurídica confusa.[74] El intento aquí expuesto de mejorar esta mala situación puede, en algunos pasajes, resultar poco usual y, por ello, difícil.[75] Pero, en verdad, aquí no se hace más que actualizar la interpretación del § 17 StGB a la luz del nuevo desarrollo de la teoría de la pena y de la teoría de la imputación. Si en ello radica revolución, entonces ha sido urgentemente tardía. ¿Lo verá de este modo también ULFRID NEUMANN?

6. Bibliografía

BINDING (1919), *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, W. Englemann, Leipzig.

BRANDOM (2015), *Wiedererinnerter Idealismus*, Suhrkamp, Berlín.

——— (2000), *Expressive Vernunft* , Suhrkamp, Darmstadt.

BRINGEWAT (2003), *Grundbegriffe des Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden.

CORNELIUS (2015), «Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen - ein dogmatischer Irrweg», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (162-2), pp. 101 ss.

[74] NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 52.

[75] WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 29.

DEHNE-NIEMANN (2008), «Zusammenfassung von "Alea iacta est" -Straflosigkeit der Vermittlung privater Sportwetten? (zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 16.08.2007, Az.: 4 StR 62/07)», *wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (10), pp. 361 ss.

FISCHER (2016), *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen,* 63ª ed., C.H. Beck, Múnich.

FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlin.

FRISTER (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª. ed., Beck, Múnich.

GAEDE (2013), «Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?» *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, pp. 450 ss.

GERHARDT (2007), *Partizipation: Das Prinzip der Politik*, Beck, Múnich.

HEGEL (1986), «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en Moldenhauer/Michael (eds.), *Werke*, t. 7, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

——— (1986), «Vorlesungen über die Ästhetik I», en Moldenhauer/Michael (eds.), *Werke*, t. 13, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HEGER (2013), «Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht», en Sinn (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, V&R Unipress, Gotinga, pp. 77 ss.

JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Fráncfort del Meno.

——— (2008), *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

——— (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck, Múnich.

——— (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.

JESCHECK/WEIGEND (1995), *Lehrbuch des Strafrechts*. *Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JOECKS (2017), «§ 16» y «§ 17», *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., C.H. Beck Múnich.

KÄHLER (2011), *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

KANT (1974), *Metaphysik der Sitten*, Vigilantius, Akademieausgabe, t. 27/2, De Gruyter, Berlín.

——— (1974), *Praktische Philosophie,* Powalski, Akademieausgabe, t. 27/1, De Gruyter Berlín.

KINDHÄUSER (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín.

KÜCHENHOFF (1966), «Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums», en Spendel (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966,* Holzner, Wurzburgo, pp. 75 ss.

KÜHL (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Vahlen, Múnich.

LEITE (2012), «Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (159-11), pp. 688 ss.

LEPSIUS (2014), «Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung Besprechung von BVerfG, Beschluss v. 17. 12. 2013 – 1 BvL 5/08», *Juristen Zeitung* (10), pp. 488 ss.

LOCKE (1992), *Zwei Abhandlungen über die Regierung,* 5ª ed., Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

LÜDERSSEN (1983), «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht — Vorsatz und Irrtum», *Wistra* (6), pp. 223 ss.

MAHLMANN (2015), *Konkrete Gerechtigkeit,* Nomos, Baden-Baden.

MC DOWELL (2015), *Die Welt im Blick*, Suhrkamp, Berlín.

——— (2002), *Wert und Wirklichkeit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

MÜLLER/CHRISTENSEN (2013), *Juristische Methodik*, 11ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

NAUKE (2001), «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen —Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision"», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001,* de Gruyter, Berlín, pp. 421 ss.

NEUMANN (2013), «§ 17», *Nomos Kommentar zum StGB*, t. I, 4ª ed. Nomos, Baden-Baden.

——— (2011), «Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8ª ed., Müller, Heidelberg y Múnich, pp. 385 ss.

——— (2008), *Recht als Struktur und Argumentation*, Nomos, Baden-Baden.

——— (1993), «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *Juristische Schulung*, pp. 793 ss.

——— (1991), «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (103), pp. 957 ss.

PAWLIK (2017), *Normbestätitung und Identitätsbalance*, Nomos, Baden-Baden.

——— (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga.

PIPPIN (2005), *Die Verwirklichung der Freiheit*, Campus, Fráncfort del Meno.

PINKARD (2004), «Innen, Außen und Lebensformen: Hegel und Wittgenstein», en HALBIG/QUANTE/SIEP (eds.), *Hegels Erben*, pp. 254 ss.

PUPPE (2013) «§ 16», *Nomos Kommentar zum StGB*, t. I, 4ª ed. Nomos, Baden-Baden.

——— (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

——— (2004), en ROGALL *et. al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied.

REIMER (2016), *Juristische Methoden Lehre*, Nomos, Baden-Baden.

RENGIER (2013), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Beck, Múnich.

RODENBECK (2012), *Die Bestrafung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung*, Nomos, Baden-Baden.

ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4ª ed., Beck, Múnich.

RUDOLPHI (2014), «§ 17», *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., Carl Heymanns. Colonia.

RÜTHERS/FISCHER/BIRK (2015), *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., Beck, Múnich.

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER (2014), «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., Beck, Múnich.

SEELMANN/DEMKO (2014), *Rechtsphilosophie,* 6ª ed., Beck, Múnich.

STUCKENBERG (2007), *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, de Gruyter, Berlín.

WALTER (2006), *Der Kern des Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga.

VELTEN (2002), *Normkenntnis und Normverständnis*, Nomos, Baden-Baden.

VOGEL (2007), «§ 17», *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 12ª ed., de Gruyter, Berlín.

WELZEL (1949), *Um die finale Handlungslehre,* Mohr, Tubinga.

InDret
3.2020

Hacia un esquema conceptual de diversos estilos de gestión penitenciaria

Israel L. Barak-Glantz
Wayne State University
-

Sumario
-
Este artículo describe cuatro tipos de modelos históricos de gestión penitenciaria y los esfuerzos para desarrollar políticas de gestión más eficaces. El modelo autoritario se caracterizó por un sistema arbitrario de poder centralizado – la regla de un solo hombre (el director de la prisión) y por el control social represivo. El modelo legal burocrático tendió a reemplazar al modelo autoritario. En el proceso de burocratización de las cárceles, las asambleas legislativas y los gobernadores exigieron que los principios, normas y regulaciones fueran formulados para racionalizar la política y la práctica penitenciaria, por lo que el poder se descentralizó. En el tercer modelo, el modelo de poderes compartidos, a los reclusos se les ha otorgado cierto poder en la gestión de la prisión, para que compartan, junto con la administración local y la oficina central, una voz en el funcionamiento de la institución. Este modelo va acompañado de una ideología rehabilitadora y democrática. El cuarto estilo de gestión penitenciaria, el modelo de control por parte del recluso, es una extensión lógica del modelo de poderes compartidos. En este modelo, los reclusos, a través de asociaciones grupales formales o informales, le han quitado el poder a la administración, de modo que determinan la política penitenciaria. La política de penitenciaria necesita un estilo equilibrado que evite la anarquía del modelo de control por parte del recluso y la represión del modelo autoritario, para que los presos tengan un estilo de vida ordenado y beneficioso en la prisión.

Abstract
-
This article described four types of historic prison management models, and the efforts to develop more effective management policies. The authoritarian model was characterized by an arbitrary system of centralized one-man rule (the prison warden) and repressive social control. The bureaucratic-lawful model tended to take the place of the authoritarian model. In the process of bureaucratizing prisons, State legislatures and Governors demanded that principles, rules, and regulations be formulated to rationalize correctional policy and practice, so the power was decentralized. In the third model, the shared-powers model, inmates have been granted some power in the governance of the prison, so that they share, along with local management and the central office, a voice in the operation of the institution. This model is accompanied by the rehabilitative and democratic ideology. The fourth style of prison management, the inmate-control model, is a logical extension of the shared-powers model. In this model, the inmates, through formal or informal group association, have effectively taken power away from the administration, so that they determine prison policy. Corrections policy needs a balanced style that will avoid the anarchy of the inmate-control model and the repression of the authoritarian model, to the end that inmates will have an ordered and useful lifestyle in prison.

Title: Toward a conceptual schema of prison management styles
-
Palabras clave: Gestión penitenciaria, Instituciones penitenciarias, Organizaciones de presos
Keywords: *Prison management, Correctional institutions, Inmate organizations*
-

InDret

3.2020

Recepción
13/04/2020
-
Aceptación
20/05/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. El modelo autoritario
3. El modelo legal burocrático
4. El modelo de poderes compartidos
5. El modelo de control por parte del recluso
6. Bibliografía

-

1. Introducción*

Los problemas a los que se enfrentan los administradores contemporáneos de la prisión provienen de numerosas influencias externas que afectan a la prisión. Comenzamos nuestro artículo con un análisis de los cambios ideológicos en la gestión de los asuntos públicos que han forzado cambios en el manejo de la prisión. Para entender el impacto de este cambio, es necesario repasar la revolución en la gestión penitenciaria que ocurrió en casi todos los estados después de la Segunda Guerra Mundial, aunque en diferentes formas y en diferentes momentos. La revolución se dirigió principalmente hacia gestiones absolutistas y de control que no solo eran incoherentes con los valores estadounidenses sino también contrarios a las normas emergentes de la administración pública.

Conceptualmente, se pueden identificar cuatro modelos de gestión penitenciaria en el sistema correccional americano. Estos son: el modelo autoritario, el modelo legal burocrático, el modelo de poderes compartidos y el modelo de control por parte del recluso. Estos modelos de gestión pueden diferenciarse entre sí en el fundamento del orden normativo, de los procedimientos resultantes y de dónde se encuentra el centro de la autoridad; estando el modelo autoritario en un extremo y el modelo de control por parte del recluso en el otro.

Es importante enfatizar en este punto que estos modelos están configurados como 'tipos ideales' weberianos. La mayoría de los sistemas de administración penitenciaria no pueden clasificarse únicamente como uno u otro de estos tipos. Lo que diferencia un tipo de otro es el predominio de ciertas características centrales de un modelo particular. En segundo lugar, estos modelos no representan necesariamente una evolución en el tiempo. Sin embargo, casi todas las cárceles se originaron con un modelo autoritario, o al menos las que se remontan al siglo XIX. Una vez que la era del gobierno absoluto de la prisión finalizó, las cárceles hicieron varias adaptaciones. Algunas adoptaron inmediatamente el modelo legal burocrático. Otras saltaron al modelo de poderes compartidos.

2. El modelo autoritario

El modelo autoritario dominó la penología del siglo XIX, tanto en la teoría como en la práctica (MCKELVEY, 1936; BARNES y TEETERS, 1951; ROTHMAN 1971; BARNES, 1972). Como a un público apático no le importaban mucho las prisiones, este modelo persistió hasta la mitad del siglo XX. Algunas prácticas en algunas cárceles contemporáneas todavía reflejan este estilo. Las principales características de este modelo incluyen un sistema arbitrario de poder centralizado – la regla de un solo hombre, y el control social represivo.

---

* Autor de contacto: Israel L. Barak-Glantz. Texto publicado, traducido y reproducido con permiso de su autor y de "SAGE publications" del original: BARAK-GLANTZ, Israel L. (1981), "Toward a Conceptual Schema of Prison Management Styles", *The Prison Journal*, 61(2), págs. 42–60.

Traducción realizada por Ariadna Blanco Correa, doctoranda en la Universidad Pompeu Fabra. Quisiera agradecer al autor por su accesibilidad para la realización de esta traducción y dar las gracias a la Dra. Elena Larrauri Pijoan por su ayuda en la traducción de este artículo [N. de la T.].

Un sistema arbitrario de poder centralizado – la regla de un solo hombre: El manejo de la prisión en prácticamente todos los aspectos estaba en manos de un único individuo, el director. El director normalmente permanecía en el poder siempre y cuando estuviera en buena relación con el poder gubernamental. CLEMMER (1958), en su descripción sobre el personal penitenciario que estudió, dedica especial atención al director:

> ... un republicano, que había sido director durante ocho años. Él había sido antes de su nombramiento como director, jefe de la oficina de correos en una pequeña ciudad y miembro del Servicio de aguaciles de los Estados Unidos (*'United States Marshal'*). Su visión social se limitaba a los estrechos límites del estado del cual era jefe político. Era conocido como un hombre de partido y tenía muchas afiliaciones. Era amable con sus amigos y severo con sus enemigos. Su guía sobre el sistema penal fue sin novedades; no fomentó reformas... No tenía políticas penológicas particulares distintas a las de mantener la prisión limpia, evitar los disturbios y las fugas y usar su posición para fortalecer lo antiguo o para hacer nuevos contactos políticos... Fue despreciado u odiado vigorosamente por todos, e. xcepto unos pocos reclusos que fueron sus lacayos (CLEMMER, 1958: 61).

A pesar de que esta descripción es de un director de una prisión, es seguro concluir que los directores de la mayoría de las prisiones se parecían a esta descripción en mayor o menor medida. La mayoría de los directores podían hacer lo que quisieran, siempre que permanecieran dentro de los límites extremadamente amplios de su autoridad (CLEMMER; 1958; LEWIS, 1965; JACOBS, 1977). En este sentido, la prisión era una isla totalitaria dentro de un sistema político democrático.

En el modelo autoritario, los reclusos prácticamente no tenían derechos más allá de la supervivencia física. Incluso la supervivencia física era a menudo tenue en las instituciones correccionales estatales, entonces conocidas solo como prisiones. Esta diferencia en la terminología no es meramente semántica; se prestó poca atención a los esfuerzos reformadores como son concebidos a día de hoy[1].

Control social represivo: El director controla y gestiona lo mejor que puede grandes poblaciones carcelarias, mediante una combinación de terror, a menudo utilizando castigos corporales brutales, algunos incentivos rudimentarios y el favoritismo para mantener a todos temerosos y sobre todo inseguros. Mediante el ejercicio de sus poderes casi ilimitados sobre aquellos bajo su autoridad, el director logró aterrorizar incluso a los funcionarios de vigilancia (SYKES, 1958), quienes, como los reclusos, dependían de sus favores para su seguridad laboral y futuras promociones (JACOBS, 1977).

El miedo también fue usado para fragmentar el cuerpo del preso. Esta técnica recibió un mayor impulso con la introducción del sistema silencioso en Auburn (aproximadamente en 1825) y el establecimiento del sistema de Pensilvania de encierro aislado (alrededor de 1830). Estos sistemas no permitieron las relaciones entre presos y frustraron la formación de grupos dentro

[1] Hay que tener en cuenta que los esfuerzos reformadores se sucedían de forma periódica. Estos se fundamentaban predominantemente en unas creencias religiosas. Los reformadores generalmente estaban convencidos de que la reforma solo podría lograrse por y mediante la disciplina severa, obediencia, trabajo y penitencia.

de la prisión. Incluso cuando el sistema fue abolido, el personal de vigilancia estableció sistemas de inteligencia interna, asegurando así que nadie pudiera confiar en nadie. Cada vez que ocurrían altercados, los funcionarios respondían de manera rápida y a veces con medidas de control terribles.

En su descripción en "The Autoritarian Prison", MCCLEERY (1966) capturó acertadamente este aspecto del control social:

> Se mantuvo un alto grado de disciplina con un mínimo de sanciones directas. Una forma fundamental del control social se basaba en procedimientos de 'regimentación'– recuentos frecuentes y asambleas – que impuso una psicología de dominación y colocó al sujeto en una postura de silencio, respeto y terror. El reconocimiento de distintos rangos se impuso en todos los contactos entre reclusos y funcionarios, requiriendo saludos y formas específicas para dirigirse…
> El objetivo era el control, en lugar de 'justicia' en el sentido familiar. Por lo tanto, no había lugar para un catálogo de principios o derechos 'constitucionales' para restringir los procedimientos disciplinarios. La acusación secreta era la norma y el acusado no tenía conocimiento sobre esta, abogado o apelación. La atmósfera resultante de 'terror', producida tanto por el secretismo como por el uso de informadores, fue imprescindible para el control formal y clave para los valores y la estructura social en la sociedad reclusa… (MCCLEERY, 1966: 381).

Todo esto fue posible principalmente por la ausencia de cualquier proceso con garantías para los presos y la falta de responsabilidad pública por parte de los funcionarios de prisiones. Abusos de poder, autoridad y privilegios son los resultados inevitables de un sistema autoritario. El potencial abuso de poder infundió más miedo tanto entre los reclusos como entre el personal de vigilancia, lo que a su vez condujo a una mayor centralización del poder y de la autoridad en manos del director y de sus ayudas inmediatas.

Este sistema de gobernanza de un solo hombre, ya sea benevolente o despótico, tardó casi un siglo en ser sustituido, e incluso ahora el trabajo está lejos de completarse en algunas cárceles. Muchas fuerzas provocaron su declive, sobre todo los resultados de las revoluciones de los derechos civiles, pero también, la apertura de las prisiones a inspecciones oficiales, la introducción de servicios profesionales, el nuevo compromiso con el ideal rehabilitador y, por último, la burocratización de la prisión después de la Segunda Guerra Mundial. La caída de nuestro estilo administrativo autoritario coincidió con cambios significativos que alteraron todo el ámbito correccional.

3. El modelo legal burocrático

Como suele ser el caso, la abolición de una estructura social disfuncional impulsa el establecimiento de nuevas estructuras que son igualmente extremas, aunque de la manera opuesta. En otras palabras, el péndulo generalmente tiende a balancearse de un polo a otro y se sucede un nuevo y diferente sistema social. Este proceso va seguido de sucesivas modificaciones en la nueva estructura; hay un retorno gradual hacia la 'mitad del camino'. El modelo legal burocrático representa un estilo de gestión que evolucionó claramente en

reacción al autoritarismo y arbitrariedad de su predecesor. Por esta razón se basa en principios que son radicalmente diferentes del modelo autoritario. Estos principios son: la burocratización y la 'codificación' de la vida en prisión, la descentralización y la difusión del poder y la atomización de la comunidad reclusa.

Burocratización y 'codificación' de la vida en prisión: Tal vez el mayor impacto en la abolición del modelo feudal medieval de la gestión penitenciaria fue la demanda, después de la Segunda Guerra Mundial, de que se establecieran departamentos penitenciarios en los Estados. Los gobernadores y las asambleas legislativas pidieron el establecimiento de medidas de control formal y de responsabilidad similares a las que existían en otros departamentos gubernamentales. Y así comenzó la burocratización del sistema penitenciario. Esta burocratización significaba que los departamentos penitenciarios estatales fueron creados para llevar a cabo las responsabilidades asociadas con la gestión del sistema penitenciario estatal.

En este proceso de burocratización de la prisión, las asambleas legislativas y los gobernadores exigieron que los principios, normas y regulaciones fueran formulados para racionalizar (en sentido weberiano) la política y la práctica penitenciaria. La adhesión a estos principios fue requerida por parte de todo el personal burocrático, desde el director del Departamento Penitenciario del Estado hasta al director de la prisión, sus ayudantes, el personal de vigilancia y los presos. De esta manera, se crearon e institucionalizaron las cadenas de mando del Departamento Penitenciario a través de regulaciones y prácticas. Prácticamente al mismo tiempo, hubo una creciente insistencia en dirigir la prisión como una corporación privada - la prisión tenía que ser rentable en la operación. Se establecieron varios procedimientos y procesos burocráticos, siendo desconocidos pero practicados en la comunidad penitenciaria. Se requirió la respuesta (el feedback) de los directores como un componente esencial de este sistema. Los informes trimestrales presentados a la oficina central pasaron a ser obligatorios.

Para procesar todo el papeleo se tuvo que elaborar un sistema de registro y de esta forma entraron nuevos profesionales a la prisión y a la oficina central encargados de llevar a cabo estas nuevas necesidades y demandas emergentes. Se usaron los típicos memorándums, – a, de, asunto, fecha – comunicaciones que llenaban desordenadamente el 'dentro' y 'fuera' de la cesta de los escritorios de los gerentes. En resumen, la prisión se había convertido en una burocracia más.

El flujo de notas, informes, formularios y otras trivialidades, junto con el aumento continuo de la población penitenciaria, necesitó recurrir al uso de ordenadores para facilitar un funcionamiento efectivo de los ahora departamentos penitenciarios en evolución y sus prisiones. En poco tiempo, algunas cárceles procesaron más papel que personas y lo hicieron más efectivamente. Se convirtió en la prisión del libro de contabilidad (*'prison of the ledger'*).

Descentralización y difusión del poder: En todos estos cambios, sin un beneficio demostrado, el rol del director cambió más rápidamente que cualquier otro. Su rol fue alterado, de un 'gobernante singular' al de un 'gerente de prisión' o un 'burócrata de la prisión'. El poder del director se vio significativamente debilitado por los procesos burocráticos; el balance del poder se alteró drásticamente en detrimento del director y en beneficio de la oficina central. Bajo este modelo emergente su libertad y discrecionalidad anterior se restringieron severamente. Al igual que sus cargos, los directores también se vieron obligados a cumplir órdenes del Departamento Penitenciario o, en algunos estados, de un mayor abanico de departamentos, por ejemplo, del

Departamento de Servicios Sociales Humanos. En la misma línea, al personal de vigilancia se le privó de parte de su poder y autoridad, ya que estaban obligados por las regulaciones aprobadas tanto por parte de la oficina de los directores como de la oficina central del departamento. Cualquier desviación de esas reglas ya no se pasaban por alto. Como el director es legalmente responsable de lo que ocurre en su institución, generalmente insistía en que las normas se siguieran de forma estricta.

Un ejemplo de la reducción del poder y la autoridad del director se hizo evidente con la introducción de las normas del servicio público. Estas regulaciones dictaminaron las calificaciones necesarias para los diversos puestos penitenciarios y los directores podían hacer muy poco para cambiar estas reglas. Esta gobernanza mediante normas, leyes y directivas (por ejemplo, la del Departamento Penitenciario de Michigan) procedente desde arriba privaba a los directores de gran parte de su autoridad tradicional y la lealtad que debían a su personal.

Mientras que los directores perdieron mucho como consecuencia de la burocratización, el personal de vigilancia consiguió aumentar su poder – que le faltaba anteriormente. Recientemente, se ha utilizado la sindicalización del personal para presionar a la administración penitenciaria para que regule el trabajo y los requisitos profesionales y el salario. Al mismo tiempo, las prisiones dependían cada vez más de profesionales, por ejemplo, de los psicólogos, trabajadores sociales y profesores, que comenzaron a usar sus asociaciones como palanca para defender sus intereses. Estos desarrollos, junto con la pérdida de poder de los directores, acabó en gran medida con cualquier intento para gestionar una prisión de manera autoritaria.

Otra agencia que también contribuyó a la erosión del poder del director, fueron los tribunales. Los tribunales federales y estatales (así como muchas organizaciones civiles) supervisaban constantemente a la administración de la prisión. El cumplimiento o incumplimiento de las normas constitucionales sigue siendo la base para un sinfín de litigios. A través de este método de intervención, los tribunales en las últimas dos décadas asumieron un nuevo papel en su influencia en el funcionamiento de las cárceles. Cualquiera que sea el resultado de los conflictos y la lucha de poder, es poco probable que la antigua autarquía resurja. Al igual que los barones medievales, los feudos penitenciarios desaparecieron para siempre.

Atomización de la comunidad reclusa: El modelo legal burocrático se basa en el control para mantener el orden social, tanto al menos como el modelo autoritario. Este estilo de gestión mediante directivas y objetivos, también requiere de la atomización completa de la comunidad penitenciaria para conseguir este control. En el modelo autoritario mantener el orden dependía del grado en que una persona temía al director; en este modelo depende en la medida en que el recluso está convencido de que la respuesta administrativa se produce dentro del marco de la ley. Los presos han expresado alivio y también una gran preocupación con la estructura del modelo penitenciario legal burocrático. Los presos saben y esperan no ser maltratados gravemente por la administración, aunque solo sea por las restricciones que impone la ley y la oficina central. También reconocen que cuando se vulnera la norma, las medidas no serán arbitrarias y la sanción se aplicará de acuerdo con las normativas.

El modelo burocrático se basa en incentivos y desincentivos para atomizar a la población penitenciaria. El sistema de Texas es quizás un prototipo actual. Se fomenta un sistema egocéntrico al poner el énfasis en los objetivos individuales en lugar de en los colectivos. En

este sistema, si 'mantienes tu nariz y casa limpias' tu podrás 'hacerlo mejor' y ser liberado antes. Como las leyes gobiernan este sistema, los reclusos suelen ser conscientes del tiempo que les queda para ser puestos en libertad y si no 'la lían', la administración los libera en la fecha esperada. Así, la formación de grupos de presos disidentes se dificulta y suele, a menudo, ser contraria a los intereses de los propios reclusos.

La transformación de un director 'soberano' a uno burócrata fue bastante rápida. Comenzó con la suspensión de los métodos crueles anteriores para mantener la ley y el orden dentro de la prisión. Como consecuencia, hubo mejoras en las condiciones del encarcelamiento, aunque, como los críticos insisten, todavía están lejos de ser satisfactorias en muchas prisiones. La importancia de esta transición debería ser interpretada solo como un paso en la desaparición definitiva del estilo autoritario. El sistema penitenciario ha visto desde entonces otras fases de adaptación que marcan la pérdida de autoridad y una mayor descentralización del poder. Esta vez, sin embargo, esta pérdida no ha sido responsabilidad de la oficina central sino del sistema social de los presos y de la comunidad penitenciaria.

4. El modelo de poderes compartidos

En el modelo de poderes compartidos, los presos tienen garantizados algunos poderes en la gestión de la prisión y comparten, junto con la administración local y la oficina central, una voz en el funcionamiento de la institución. Este modelo se caracteriza por una ideología rehabilitadora y democrática, el reconocimiento de derechos legítimos de asociaciones grupales en la prisión y las confrontaciones abiertas entre la administración y el personal de vigilancia.

La ideología rehabilitadora y democrática: Uno de los factores más importantes en la erosión del poder administrativo y del control en la prisión ha sido el creciente énfasis en la concepción rehabilitadora de la naturaleza del hombre. Por ejemplo, el control físico externo se concibió, en principio, como diametralmente opuesto a la rehabilitación (GALTUNG, 1958; CRESSEY, 1959; CRESSEY, 1960). Insistiendo en que solo se deben mantener unos niveles mínimos y absolutamente necesarios de control para facilitar la rehabilitación en prisión, el personal externo logró reducir aún más la autoridad de los altos cargos de dentro de las prisiones. Por lo tanto, los reclusos habían entrado a prisión en desventaja y privados de sus derechos, pero terminaron con voz, si bien sin voto, en su lucha con las autoridades penitenciarias, y las peticiones de los presos pasaron de ser condiciones básicas a derechos básicos.

El gran uso de los profesionales penitenciarios requerido por esta nueva ideología emergente creó un grupo que comenzó a dar voz a las preocupaciones relacionadas con la política penitenciaria. Las cárceles fueron percibidas por estas personas como posibles comunidades terapéuticas destinadas a preparar a los reclusos para volver al mundo exterior. El profesional orientado al tratamiento insistió en que era necesario un sistema penitenciario sustancialmente más democrático para lograr este fin. Aunque el intento de democratizar la prisión en realidad comenzó a finales del primer cuarto del siglo XIX, no se obtuvieron logros significativos hasta que pasaron unos cincuenta años, cuando las presiones internas se fusionaron con las presiones ejercidas sobre la comunidad penitenciaria desde el exterior durante la década de los 60.

Estas dos fuentes de presión no deben ser subestimadas y convergieron para producir cambios específicos en la vida cotidiana de la prisión. Las reformas llevadas a cabo influyeron en los derechos de los reclusos, como las visitas, la correspondencia y su censura; se introdujeron los derechos de cantina, se desarrollaron los permisos de salida y las bibliotecas jurídicas se convirtieron en un lugar común dentro de las instituciones penitenciarias. Las presiones para avanzar en los ideales de tratamiento (terapéutico) ocasionaron conflictos entre el personal de tratamiento y el de vigilancia, lo que debilitó el poco poder legítimo y autoridad que le quedaba al director y a sus personas de referencia en la prisión. Claramente, este impulso para la democratización (en sentido terapéutico) creó un vacío de poder al que tanto los presos como los carceleros respondieron rápidamente para intentar defender sus respectivos intereses.

El reconocimiento de derechos legítimos de asociaciones grupales en la prisión: En este entorno hospitalario, pronto aparecieron líderes entre los reclusos que compitieron entre sí en su defensa de los intereses grupales. Los logros sustanciales solo serían posibles si los presos podían organizarse.

Se desarrollaron dos formas principales de asociación dentro de la prisión. El primer tipo presagia el desarrollo de grupos específicos basados en algunas ideologías. El más notable de todos estos grupos fue el de los musulmanes negros. CONRAD (1977) sugiere que:

> ...este movimiento perduró y prosperó. Sus líderes fueron sistemáticamente separados de sus seguidores, normalmente en aislamiento. A los grupos musulmanes se les negó el derecho a reunirse, pero se encontraban de todos modos. A los imanes, se les negó la entrada; y el derecho de libertad de culto estaba restringido. Sin embargo, el compromiso con la doctrina, el respeto a la disciplina pidiendo lealtad a los hermanos en el movimiento, y la impermeabilidad del grupo hacia infiltraciones subversivas fueron elementos esgrimidos para apoyar que los musulmanes eran una organización de reclusos que debía ser legalizada. En 1977, por supuesto, la opinión pública y las decisiones de los tribunales habían indicado desde hacía tiempo que los musulmanes tenían el mismo estatus que otras religiones (CONRAD, 1977: 7-8).

Este grupo ejerció presión en la gestión para ser reconocidos y a su debido tiempo la dirección sucumbió. Los musulmanes fueron reconocidos como entidades legítimas dentro de la prisión.

Desde la perspectiva de gestión, y en retrospectiva, otorgar el reconocimiento formal fue probablemente su error más grave. Mantener el control fue mucho más difícil, especialmente cuando el director estaba confrontado con esos colectivos en una 'institución total'. En los modelos anteriores, solo los individuos podían reclamar derechos legítimos e intereses. Estas personas, conocidas como 'alborotadores', podían ser identificadas y apartadas de la población general. Sin embargo, cuando los grupos reemplazaron a los 'alborotadores' individuales, ya no fue posible mantener el control aislando a unos pocos individuos. Además, la neutralización de todo un grupo crea una situación potencialmente explosiva llena de condiciones propicias para el surgimiento de un motín dentro de la prisión y a la necesidad ocasional de un aislamiento de toda la población.

El segundo tipo de asociación que surgió en la prisión fueron los grupos de defensa. Estos grupos trataban de promover los derechos de todos los reclusos - localmente, a nivel estatal, e incluso a nivel nacional. Bajo el modelo de poderes compartidos, fuimos testigos del regreso de

los Comités de Reclusos (en adelante CR) (*'Inmate Goverment Councils'*) y del primer desarrollo de los sindicatos de presos en muchas prisiones estadounidenses.

La idea de los CR no es completamente nueva[2]. Los intentos esporádicos de establecer estos comités se hicieron en el pasado con poco éxito[3]. Casi todos los intentos de establecerlos en instituciones de máxima seguridad fallaron, aunque algunos disfrutaron de un éxito limitado durante un tiempo. La razón de este fracaso radica en el hecho de que los CR se basan en una paradoja penitenciaria, esto es, el esfuerzo por otorgar un cierto nivel de autonomía a los presos mientras que al mismo tiempo se quiere retener el control efectivo de la institución. Estos dos objetivos son claramente incompatibles y presentan serios problemas para la gestión de una prisión.

La administración, todo y permitiendo los CR en la prisión, no los vio como una válvula de seguridad para ventilar las quejas de los reclusos, sino como una forma de presión de los presos para intentar cambiar las prácticas penitenciarias tradicionales. A través de este mecanismo, casi todos los procedimientos podían ser cuestionados. El Comité estaba compuesto normalmente por la minoría más verbal y activista, convirtiéndose inevitablemente en la entidad 'oficial' aceptable, y legítima que 'rompe los límites'. Como resultado de la introducción de este organismo en algunas cárceles, se aseguró que los reclusos tuvieran una mayor representación y participación en los comités institucionales, por ejemplo, en las reuniones del personal, en las audiencias de los comités de clasificación, y muchas otras. De esta manera, los presos lograron tener algo de poder y autoridad a veces a expensas del personal de vigilancia.

La renovada implementación de estos principios democráticos tras los muros, después de un paréntesis de 30 años, tuvo graves consecuencias en algunas prisiones. La amenaza de una huelga institucional, por ejemplo, puede ser una amenaza poderosa para el funcionamiento de la institución. Para la administración, recuperar el control se vuelve extremadamente difícil, una vez que el Comité se ha creado y, de hecho, a menudo conduce a brotes de violencia y alteraciones institucionales. La experiencia sugiere que este desarrollo se suma a los problemas de la gestión penitenciaria.

El otro tipo de grupo de defensa, con objetivos más amplios, es el sindicato de presos. Iniciándose a finales de los 60 y principios de los 70, los sindicatos de presos que surgieron en algunas cárceles americanas se inspiraron en el ejemplo escandinavo. Los propósitos de estos sindicatos son diferentes de los sindicatos ordinarios. IRWIN y HOLDER (1973), por ejemplo, indican los siguientes objetivos del Sindicato de California:

> (1) La abolición del sistema de condenas indeterminadas y todas sus ramificaciones,

[2] El Comité de Reclusos ha sido utilizado como vehículo por parte de los presos para involucrarse más en las operaciones de la prisión. El Comité generalmente consiste en un grupo electo de presos que representan al resto. Ellos son la voz de sus compañeros y el desafío de la administración penitenciaria.

[3] Los practicantes informados sugieren que esta idea puede ser relativamente exitosa en instituciones de mínima seguridad. Basándose en conversaciones personales con el Consultor de la Academia de Problemas Contemporáneos Penitenciarios del Proyecto de delincuentes peligrosos, el Sr. Robert Freeman, ex Superintendente Asociado de Clasificación y Tratamiento, la Penitenciaría del Estado de Washington, Walla Walla, Washington.

> (2) El establecimiento de los derechos de los trabajadores presos, incluyendo el derecho a la organización y negociación colectiva,
> (3) La restauración de los derechos humanos y civiles del recluso (IRWIN y HOLDER, 1973: 1).

De estos tres, solo uno está estrictamente relacionado con un fin laboral; los otros abarcan y se dirigen más a condiciones generales de las cárceles modernas.

En los estados donde los esfuerzos para organizar sindicatos de presos se sucedieron y se suceden, las administraciones penitenciarias han tratado de poner fin a esta iniciativa: HUFF (1974) observó, en Ohio, por ejemplo, que:

> Los departamentos penitenciarios estatales se han opuesto al sindicato de presos, en gran parte por percibirlo como una amenaza al orden institucional y a la seguridad y (de forma latente) debido a la presión del personal de vigilancia y de los sindicatos que representan a estos últimos (HUFF, 1974: 192).

Sin embargo, el hecho es que, a pesar de las objeciones expresadas por los funcionarios de prisión, estos sindicatos de presos son una realidad (en muy pocas prisiones) hoy día a la que la administración debe hacer frente.

Confrontaciones abiertas entre la administración y el personal de vigilancia: Los mismos problemas han surgido por los esfuerzos de organización de los funcionarios de vigilancia. En el modelo legal burocrático, las demandas de mejores salarios y condiciones de trabajo por parte de los funcionarios ya estuvieron presentes; sin embargo, tenían poca influencia para imponer estas demandas. Con el modelo de poderes compartidos, las realidades cambiaron considerablemente. Una vez que la administración reconoció las asociaciones de presos, grupos, y cuasi-sindicatos, el reconocimiento de los sindicatos de funcionarios tampoco se pudo evitar. Por lo tanto, se creó una fuente adicional de presión en el sistema, creando otro impedimento para el orden social de la prisión. Ahora, el director se tiene que enfrentar a demandas 'no negociables' tanto de funcionarios como de organizaciones de presos. Ahora, ambos negocian en lugar de rogar por mejoras en las condiciones (DINITZ, 1980).

El aumento de poder de los reclusos antagonizó aún más al personal de vigilancia, que, junto con el director, estaban perdiendo poder y autoridad. Para recuperar esta pérdida, los funcionarios comenzaron a sindicalizarse y a presentar demandas como una fuerza unida. Sin embargo, su foco no se centró solo en problemas tradicionales, sino también en problemas relevantes para la seguridad personal y seguridad detrás de los muros. Por ejemplo, los funcionarios exigieron ir armados cuando fueran asignados al patio y a las celdas. Como con muchas otras cosas, los reclusos se opusieron a estas medidas. Inevitablemente, estos desarrollos fomentaron una gran hostilidad. El personal de custodia finalmente redujo su compromiso con el trabajo y la institución, lo que resultó en problemas administrativos más complejos.

En resumen, en el modelo de poderes compartidos, el recluso se ha vuelto enormemente politizado y reconvertido en ciudadano. El personal de vigilancia y, sobre todo, los directores pagan el precio perdiendo poder. La orientación penal cambiante tanto dentro como fuera de la prisión, que provocó el reconocimiento formal de grupos de reclusos dentro de la prisión,

aceleró la erosión de la autoridad y el poder de los funcionarios de prisiones. La sindicalización de los reclusos y los funcionarios de vigilancia aumentó estos problemas ejerciendo aún más presión sobre la administración.

Estos canjes en el modelo de poderes compartidos ilustran las incertidumbres que surgen del choque de intereses en conflicto en un contexto social generalmente liberal. Esta incertidumbre también refleja los resultados de un intento de liberalizar una institución social tradicionalmente conservadora.

5. El modelo de control por parte del recluso

El cuarto modelo de gestión, el modelo de control por parte del recluso, representa una extensión lógica del modelo de poderes compartidos. Este modelo recoge la tradición de la burocratización y democratización de la prisión. En este 'tipo ideal' (de nuevo en sentido weberiano) los reclusos a través de las asociaciones grupales formales o informales, han quitado el poder a la administración, y así determinan (y no simplemente proporcionan información sobre) la política penitenciaria y también logran a veces que se ejecute. Aunque controlados por muros, rejas, celdas, funcionarios y normas, los presos ejercen un control real sobre la comunidad penitenciaria. Mientras que este modelo todavía no es característico en muchas cárceles de los Estados Unidos, es posible, y quizás incluso probable, que el deslizamiento del modelo de poderes compartidos - observado en muchas prisiones estadounidenses – al modelo de control por parte del recluso sea inevitable. Las diferencias entre el modelo anterior y este modelo son en gran medida una cuestión de grado, que, cuando se enfatizan (en período de transición), devienen estilos cualitativamente distintos.

Los investigadores de esta área han identificado al menos dos sistemas penitenciarios en los Estados Unidos que se aproximan al ideal típico del modelo de control por parte de los reclusos - California e Illinois (JACOBS, 1977; CONRAD, 1977; CONRAD y DINITZ, 1978). En otros sistemas penitenciarios encontramos versiones más moderadas de las características de este modelo. Sin embargo, podemos destacar algunas características únicas de este modelo que lo diferencian de la prisión convencional. Estas se centran en las dinámicas internas de la interacción y estructura de la prisión, siendo el crecimiento de las bandas étnicas e ideológicas y su participación en actividades ilícitas y el control por parte de las bandas de los dominios centrales de la prisión.

El crecimiento de las bandas étnicas e ideológicas y su participación en actividades ilícitas: El rasgo más característico de este modelo se refiere a cambios en la naturaleza de las dinámicas internas entre los grupos de reclusos. En el modelo de poderes compartidos, enfatizamos el surgimiento e institucionalización de varios grupos de interés entre los reclusos y movimientos dentro de la prisión. Estos se organizaron en torno a motivos ideológicos y religiosos. En el modelo de control por parte de los reclusos, los grupos se asemejan a las bandas criminales del exterior de la prisión y han alcanzado relevancia y dominio. Como CONRAD (1977) ha observado:

> Los musulmanes demostraron que los reclusos se pueden organizar. Su ejemplo no fue en vano entre los grupos de presos con objetivos más difusos. La combinación de solidaridad étnica, disciplina intimidante y antecedentes culturales comunes hicieron

> posible la aparición de las bandas que anhelan el poder temporal más que los beneficios espirituales (CONRAD, 1977: 8).

El reemplazo de grupos o comités por bandas en la prisión no representa simplemente una diferencia semántica - grupo versus banda. Más bien, esto refleja un cambio en la composición y en el orden interno de la prisión.

Parece que prácticamente todas las características observadas en las bandas callejeras están ahora también presentes en las bandas de la prisión, al menos en las del sistema penitenciario de California (PARK, 1976). Al igual que las bandas callejeras (THRASHER, 1968) las de la prisión muestran una estructura relativamente bien organizada. Tienen un líder establecido y reconocido, una cadena de mando, un sistema jerárquico visible de autoridad, así como subdivisiones sobre la base de especialización de funciones. Además, las bandas de la prisión amenazan y a menudo usan prácticas de mano dura para controlar a sus miembros, su territorio y sus reuniones. Testimonios sobre la rigidez del control de los líderes de las bandas se pueden observar, por ejemplo, en la siguiente declaración hecha en 1972 por un recluso de cincuenta años durante el tiempo que estaba en la prisión de Stateville, Illinois:

> Los líderes de las bandas tienen el control absoluto. "T" podría haber dicho simplemente a sus hombres que la derribaran (la prisión) y lo habrían hecho – muchos de estos chicos hubieran muerto por su banda – porque morir no significaba nada. Ellos prefieren morir que dejar que se diga que no irían hasta el final (JACOBS, 1977: 138).

Otro aspecto, que ahora parece ser también universal entre las bandas carcelarias es su tono étnico y racial. Los miembros de las bandas en la prisión se identifican y organizan a lo largo de una dimensión étnico-racial - una tendencia que comenzó originalmente con la concesión de reconocimiento de los musulmanes negros.

La descripción de PARK (1976) sobre las bandas en un sistema penitenciario de los Estados Unidos muestra esta característica de las bandas carcelarias. Señaló que:

> La Mexican Mafia y Nuestra Familia son los dos grupos mexico-americanos mayores y más mortales en cuanto al número de asaltos y muertes. La Black Guerrilla Family es la más ideológica de todos los grupos, y parece estar más involucrada en la retórica que en la acción... Los Aryan Brothers es un pequeño grupo de reclusos blancos agresivos cuya ideología es teóricamente nacional socialista, pero en la práctica no es más que una simple posición anti negra... La Mexican Mafia tiene a los reclusos chicanos más agresivos de muchas de las bandas del barrio... Nuestra Familia saca a sus miembros de los pueblos agrícolas más pequeños... Los Aryan Brothers atraen a los miembros más violentos de las bandas moteras... La orientación ideológica de la Black Guerrilla Family puede tener vínculos con el Ejército de la Liberación Negra... (PARK, 1976: 92).

Las bandas penitenciarias, a diferencia de las callejeras, están muy involucradas en actividades criminales dentro de la prisión, y orientadas a ganancias ilegales. Algunas bandas dependen de la extorsión, otras se dedican al tráfico de contrabando y drogas y otras también controlan las operaciones de apuestas. Para mantener el control, las bandas han hecho de la violencia una

parte integral de control del recluso. La intimidación es central. De hecho, "Un hombre demuestra su valía a la banda y como hombre al cumplir encargos peligrosos y a veces homicidas para sus superiores" (CONRAD, 1977). Sus valores están condicionados por la necesidad de infligir violencia y enfrentarse a otros como prueba de hombría y como la única forma de resolver los conflictos. En la misma línea, la imposición homosexual también define la hombría. En este contexto, una subcultura de violencia, similar a la descrita por WOLFGANG y FERRACUTI, aparece y define a las víctimas 'legítimas' de los actos violentos de los miembros de la banda. La violencia es esperada y a menudo ordenada por el líder de la banda, que no tolera la doble lealtad. El compromiso con los objetivos de la banda justifica prácticamente cualquier medio para lograr su fin.

Control por parte de las bandas de los dominios centrales de la prisión: Las bandas de prisión no limitan sus acciones únicamente al apoyo del comportamiento desviado dentro de la prisión. Consciente o inconscientemente, también centran sus esfuerzos en ganar poder que, a su vez, les proporciona un mayor margen de maniobra en las acciones ilícitas. El control por parte de las bandas de los dominios de una prisión o, a veces, en varias es bien conocido, especialmente por los reclusos que ingresan. En California saben que: "La Mexican Mafia tiene derechos exclusivos sobre el dominio de San Quentin y Soledad, pero no respecto de otra, que pertenece a Nuestra Familia" (CONRAD, 1977: 3). Esta conciencia territorial conlleva ramificaciones importantes para el mantenimiento de la ley y el orden por parte del personal de vigilancia. A menudo, los funcionarios temen ir a los módulos de celdas desarmados y solos, y esto favorece todavía más el control y el dominio de las bandas. Además, en muchas cárceles, la banda y el poder del líder llega a controlar la asignación de las celdas, el reparto de puestos de trabajo e incluso la libertad de movimiento. Por ejemplo, la intimidación de las bandas puede obligar a los presos a solicitar cambios de trabajo para que un miembro de la banda pueda hacerse con un trabajo deseable. Lo más triste de todo, es que los presos que pertenecen a grupos no reconocidos por el líder de la banda dominante de la prisión deben ser trasladados si se quiere evitar daños. Incluso antes de la llegada de un preso a una prisión, las juntas de clasificación están obligadas a considerar si las 'credenciales' de los presos y sus afiliaciones en el exterior son compatibles con la(s) banda(s) de la prisión a la que deben ser enviados. En California, por ejemplo, las posibilidades de que un miembro de Nuestra Familia evite el daño físico o incluso sobreviva en San Quentin no son muy grandes. Desgraciadamente, como sugiere esta discusión, las bandas han asumido prácticamente el control de la prisión y contribuyen abiertamente en su gestión.

En estas prisiones, plagadas de bandas, se está presenciando la impotencia de los controles tradicionales y oficiales. En efecto, la banda ha 'concedido' al personal la autoridad y el poder para manejar algunos de los 'asuntos menos importantes y menos serios'. Gran parte del equilibrio institucional no se mantiene por las acciones de los directores, sino a través de las negociaciones entre las bandas, particularmente entre los líderes de estas[4]. De la misma manera, la administración penitenciaria ha alcanzado un punto de gestión por reacción más que por acción. Esta característica distintiva señala hasta qué punto la administración ha

[4] Algunos investigadores han afirmado que la existencia elevada de estas bandas organizadas reducen las posibilidades de violencia entre ellas a gran escala. El conflicto entre bandas se reduce mediante la mediación. Ver PARK, James W.L. (1976), "The Organization of Prison Violence", en COHEN, Albert K., COLE, George F. y BAILEY, Robert G. (eds.), *Prison Violence*, Lexington, Mass: DC Heath and Company, pág. 92.

perdido la mayoría de sus opciones de control, exceptuando el encierro en aislamiento (*'lock-down'*), que generalmente resulta ser ineficaz si no dañino de todos modos a corto plazo, como por ejemplo, la ola de disturbios en mayo de 1981 en la Prisión Estatal del Sur de Michigan.

El sistema penitenciario de California ejemplifica la medida en que la gestión de la prisión se basa en la reacción (en este caso con el enorme crecimiento de la violencia) en lugar de la acción que intenta evitar esta situación. Obviamente, la violencia no puede ser tolerada en la prisión, y para combatir su aumento, el Departamento Penitenciario de California ha tenido que convertir sus módulos ordinarios en módulos de aislamiento reservados para los presos violentos. Estas unidades tienen una capacidad de 600 personas y casi siempre están llenas. Además, bajo condiciones algo menos restrictivas, el Departamento tiene unos 150 reclusos violentos menos. Y por último hay 800 presos aislados por su propia protección (*'protective custody'*)[5]. Los números de hace veinte años muestran que en este aislamiento solo había menos de 80 reclusos (CONRAD y DINITZ, 1978). Es obvio que, en el modelo de control por parte de los reclusos, la administración tiene grandes dificultades para proteger a sus presos.

Esto completa nuestro análisis sobre uno de los efectos más importantes de los cambios sociales que tuvieron lugar durante la década de los 60 y principios de los 70. Hemos sugerido en nuestro discurso una taxonomía de modelos administrativos de la prisión. Los cambios de un modelo a otro fueron y son adaptaciones sucesivas de la comunidad penitenciaria a crecientes presiones que proceden del exterior de la prisión, pero aún más, a presiones ocasionadas desde el interior.

Los expertos en penología han sido engañados con la idea de que todo irá bien si simplemente se aplican los preceptos de la administración pública a la gestión de las prisiones. No lamentaremos la creación de departamentos penitenciarios estatales – o, como a veces son designados, departamentos de rehabilitación y corrección - porque bajo cualquier nombre la administración es esencial para la creación del orden en la prisión que nos legó Elam Lynds[6]. Tampoco vamos a criticar el intento de profesionalizar a los trabajadores penitenciarios exigiendo que se gradúen en la universidad y asistan a cursos de criminología, gestión, y uso de armas. A menos de que se cree un cuerpo de trabajadores capacitado con actitudes profesionales hacia sus labores a menudo desagradables, se va a seguir teniendo funcionarios y órganos de decisión que harán las cosas malas peor de lo que tienen que ser. Tampoco denunciaremos las protecciones que se han ganado para los trabajadores penitenciarios con la creación de un cuerpo de funcionarios y la solidaridad de los sindicatos. Solo si la seguridad económica está asegurada el funcionario penitenciario ganará un poco de autoestima.

---

[5] Se refiere al aislamiento por motivos de protección. Véase en España FREIXA EGEA, Gemma (2012), "Régimen penitenciario/clasificación y artículo 75 del Reglamento Penitenciario: ¿Es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 14-09, pág. 09:1-09:24 [N. de la T.].

[6] Se refiere al alcaide Elam Lynds (1784–1855), que fue director de prisión. Lynds ayudó en la creación del sistema Auburn, que consistía en trabajo en común durante el día y aislamiento celular nocturno, incorporádose a partir de 1821 en la prisión de Auburn tras tomar el cargo de director y posteriormente lo sería de la prisión Sing Sing (1825 – 1830) [N. de la T.].

Sin embargo, todos estos factores han contribuido a la disolución del sistema de control que el Capitán Lynds aplicó tan bien y que sus sucesores, hasta los días del Director Ragen[7] en Stateville, sabían cómo implementar. Lo que tenemos ahora es la anarquía del nuevo suburbio americano trasladado al patio de la prisión anómica. Carceleros y presos viven con miedo el uno del otro preparándose para lo peor, que a veces pasa.

A un recluso que es joven, blanco e inexperto en la cárcel le resultará conveniente solicitar un aislamiento por motivos de protección y la administración penitenciaria generalmente impotente estará obligada a concederle su solicitud. Un convicto que se ha permitido ser visiblemente agresivo terminará en aislamiento, donde, se supone, que su testarudez se disolverá en meses o incluso años pasando el tiempo sin hacer nada. Hay que decir que el sistema de control de Auburn[8] parece haber sido más efectivo para lograr este fin.

El trabajo llena el día y generalmente proporciona un refugio para la violencia que se ocasiona en el patio. En el lugar de trabajo, los presos y sus supervisores se conocen entre sí. En la mayoría de las cárceles de máxima seguridad, se observa una población dividida en tres grupos desiguales: la élite que trabaja a tiempo completo, los grupos que alborotan, y los autoexcluidos que han optado por salir de la comunidad penitenciaria y entrar en aislamiento de protección o sancionados en celdas de aislamiento. ¿Es esto lo mejor que la penología estadounidense, una vez el centro de atención de la gestión penitenciaria en todo el mundo, puede ofrecer para hacer frente a los desafíos de la justicia penal?

Pues, no. En Texas, un sistema anteriormente brutal y cruel de las prisiones se ha convertido en un sistema de programas que incluye trabajo agrícola, diversos tipos de trabajo en fábricas, educación y formación profesional - y cierta medida visible de intimidación y recompensas con el propósito de control. El sistema elimina la anarquía que se ve en otros lugares, a pesar de que no alivia el escepticismo de los libertarios. Sin embargo, los hombres y las mujeres encarcelados en Texas no necesitan sentirse innecesarios, a menos que no puedan soportar la idea de trabajar para pasar el tiempo en lugar de para ganar dinero. El sistema de Texas ha sido frecuentemente atacado por muchos liberales, pero es un sistema en el que los presos están trabajando y razonablemente a salvo el uno del otro.

Otra forma de evitar la anarquía detrás de los muros se da en Minnesota, donde se está haciendo un esfuerzo extremo para crear un sistema industrial en que se paga un salario digno a los presos dispuestos a pasar el día entero trabajando. Esta revitalización atrasada de la industria penitenciaria, realizada bajo el patrocinio del programa Free Venture, sigue siendo todavía un programa piloto. Queda por ver si la industria y el mundo laboral realmente pueden soportar una prisión en la que se realiza un trabajo productivo, pero hasta ahora el efecto sobre los reclusos implicados ha sido positivo.

---

[7] Se refiere a la prisión de Chicago, veáse JACOBS, James B. (1977), *Statesville: The Penitentiary in Mass Society*, Chicago: University of Chicago Press [N. de la T.].

[8] El sistema de Auburn es un régimen penitenciario del siglo XIX que se crea como alternativa y modificación del sistema de Pensilvania cuyas tres características principales son: (1) trabajo durante el día en grupos; (2) aislamiento celular nocturno; y (3) regla del silencio absoluto en todo momento. Había una disciplina rígida y un régimen de castigos severo, por lo que los castigos corporales eran frecuentes, menospreciando la diginidad humana [N. de la T.].

¿Qué se puede hacer para conseguir el pleno empleo en la prisión? Primero, debemos dejar de quejarnos acerca de lo que funciona y lo que no. Debemos ser lo suficientemente sociológicos como para reconocer que los procesos más importantes en prisión no se producen en las audiencias frente a la junta de tratamiento ni en la oficina del asesor. La clave es la recreación en prisión de los conflictos dañinos de nuestros suburbios. Debemos entender su significado para los que participan en lo que podría en caso contario ser interpretado como batallas absurdas de psicópatas. Son los intentos frenéticos de alcanzar el poder y la hombría por parte de hombres inútiles que saben lo inútiles que son.

El remedio - si hay uno en este orden social infeliz, es el empleo a jornada completa. Debemos aprender a convertir la prisión en una vía de escape para salir del desempleo a aquellos hombres y mujeres que sufren en un mundo caótico con algún interludio en una prisión también caótica. Es difícil prever el fin de la delincuencia dentro de la prisión, pero se puede reducir, y algunos pueden salir de la cárcel con posibilidades reales de entrar en el mundo laboral.

Los criminólogos no tienen mucho que aportar a la transformación de la delincuencia de la prisión si insisten en apegarse a metodologías cuantitativas. Esta transformación es de vital importancia si nuestro sistema de justicia penal no se deteriora a un nivel aún mayor de desorden. Tenemos que afirmar tan alto como podamos que, si queremos reducir la reincidencia, los medios se tienen que encontrar en un alivio de la pobreza y de la exclusión social, no en un sistema mágico de rehabilitación. Hasta el día en que el trabajo recupere su importancia real en la vida de cada ciudadano, todavía tenemos que hacer lo que podamos para convertir la prisión en un lugar donde el recluso esté razonablemente seguro, donde esté sujeto a unos controles justos y legales, donde pueda trabajar productivamente si lo desea y donde haya esperanza para una vida mejor en el mundo que le espera después de su liberación. Para poner el quid de la cuestión en la jerga de la administración pública, es contraproducente crear un infierno de desesperación en la prisión. Maximizaremos los beneficios de las prisiones si conseguimos crear una comunidad que se rija por el derecho, que sea segura, en que se pueda trabajar y exista la esperanza (DINITZ, 1980). No parece que sea esperar demasiado.

6. Bibliografía

Harry E. ALLEN y Clifford SIMONSEN (1981), *Corrections in America*, New York: Macmillan Publishing.

Harry E. BARNES y Negley K. TEETERS (1951), *New Horizons in Criminology,* New York: Prentice-Hall.

Harry E. BARNES (1972), *The Story of Punishment*, Montclaire, New Jersey: Patterson Smith Publishing.

Louis P. CARNEY (1980), *Corrections: Treatment and Philosophy*, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall.

Paul K. CLARE y John H. KRAMER (1976), *Introduction to American Corrections*, Boston: Holbrook Press.

Donald CLEMMER (1958), *The Prison Community*, New York: Holt Rinehart and Winston.

Albert K. ET AL COHEN (1976), *Prison Violence*, Lexington: Massachusetts, D.C. Health and Co.

John P. CONRAD y Simon DINITZ (1978), *The Prison Within the Prison: Discipline at the Impasse*, Final Report of the National Isolated Prisoner Seminar Washington, D.C.: The National Institute of Corrections.

John P. CONRAD y Simon DINITZ (1977), *In Fear of Each Other: Studies of Dangerousness in America*, Lexington: Massachusetts, D.C. Health and Co.

Donald R. CRESSEY (1960), "Limitations on Organization and Treatment in the Modern Prison", en CLOWARD, Richard A. *et al.*, *Theoretical Studies in Social Organization of the Prison*, New York: Social Science Research Council.

Donald R. CRESSEY (1959), "Contradictory Directives in Complex Organization: The Case of the Prisons", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 4.

Simon DINITZ (1980), *Are Safe and Humane Prisons Possible*, The John Vincent Barry Memorial Lecture, The University of Melbourne, Australia.

Johan GALTUNG (1958), "The Social Functions of a Prison", *Social Problems*, Vol. 6, págs. 127-140.

Ronald C. HUFF (1974), "Unionization Behind the Walls", *Criminology*, Vol. 12, Núm. 2.

John IRWIN y W. HOLDER (1973), "History of the Prisoner's Union", *The Outlaw Journal of Prisoner's Union*, Vol. 2.

James B. JACOBS (1977), *Statesville: The Penitentiary in Mass Society*, Chicago: University of Chicago Press.

Dwight C. JARVIS (1978), *Institutional Treatment of the Offender*, New York: McGraw-Hill.

Paul W. KEVE (1981), *Corrections*, New York: John Wiley and Sons.

David W. LEWIS (1965), *From Newgate to Dannemora: The Rise of the Penitentiary in New York 1796-1884*, Ithica: Cornell University Press.

Richard H. MCCLEERY (1966), "Policy Change in Prison Management," en Etzione Amital (eds.), *Complex Organizations: A Sociological Reader*, New York: Holt Rinehart and Winston.

Blake MCKELVEY (1936), *American Prisons: A Study in American Social History Prior to 19I5*, Montclaire: New Jersey, Patterson Smith.

James W. C. PARK (1976), "The Organization of Prison Violence," en COHEN, Albert K. *et al.* (eds.), *Prison Violence*, Lexington: Massachusetts, D.C. Health and Co.

David J. ROTHMAN (1971), *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the Republic*, Boston: Little Brown and Co.

Gresham M. SYKES (1958), *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*, New Jersey: Princeton University Press.

Fredric M. THRASHER (1968), *The Gang*, Chicago: University of Chicago Press.

InDret
3.2020

ExLibris
Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Alfredo ABADÍAS SELMA, *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas*, J.M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2017, 520 páginas, por Pere SIMÓN CASTELLANO

Recensión a Demelsa BENITO SÁNCHEZ, *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, J.M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2020, 192 páginas, por Miguel BUSTOS RUBIO

Recensión a José Ángel BRANDARIZ, *La economía política de la pena: una introducción*, Iustel, Madrid, 2019, 199 páginas, por José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Libros homenaje:

«Actuación en conciencia. Sobre el Libro Homenaje a Claus Roxin de 2018», Editorial Universidad Inca Garcilaso, Lima, 2018, por Ricardo ROBLES PLANAS

«La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal). Sobre el *Liber Amicorum* español en homenaje a Jürgen Wolter», Fundación Internacional de Ciencias Penales y Editorial Reus, Madrid, 2018, por Alaor LEITE

-

InDret
3.2020

Alfredo Abadías Selma, La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas, *J.M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2017, 520 páginas*

Pere Simón Castellano
Universidad Internacional de la Rioja
pere.simon@unir.net
-

La violencia doméstica es una problemática de la que lamentablemente sabemos datos y tragedias familiares con demasiada frecuencia a causa de casos de violencia de género que aparecen en todos los medios de comunicación. Dentro de la violencia que se genera y materializa en los hogares de las familias, hay un tipo del que casi no se habla, a excepción de algún programa de televisión de carácter sensacionalista y en formato de *Reality show*. Hago referencia a la violencia intrafamiliar ascendente, maltrato de padres o violencia filio-parental (en adelante VFP). Este tipo de violencia, en la mayoría de las ocasiones queda intramuros del hogar familiar, pues es muy complejo y a la vez doloroso tener que acudir a denunciar a tu propio hijo/a porque eres una víctima de maltrato habitual físico y/o psíquico de quien más quieres y por quien darías la propia vida como padre o madre. Los casos de violencia filio-parental no llegan a denunciarse hasta que la situación es insoportable, o incluso cuando hay un peligro real e inminente para la integridad física y/o psíquica. La mayoría de investigadores indican que solo llegan a denunciarse un 10% de los casos, y las más de las veces es porque se actúa de oficio mediante la llamada de auxilio de un familiar o de un vecino.

En 2005 aparece en España el primer estudio sobre la VFP, y a partir de ahí han sido varios los investigadores que se han interesado sobre esta temática. La Psicología, la Psiquiatría, la Educación social, la Antropología, entre otras ramas del saber, han buscado el porqué de la cuestión y posibles soluciones, unas con mayor fortuna que otras.

Dicho cuanto antecede, lo que me ha conducido hasta aquí a escribir estas líneas es presentar y discutir, desde mi humilde aportación, la obra del Doctor en Derecho penal, ABADÍAS SELMA, que lleva por título *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas,* que se publicó en 2017 en una de las editoriales decanas del mundo jurídico como es J.M. Bosch de Barcelona.

En la obra de investigación de ABADÍAS encontramos en primer lugar una clara aproximación al concepto de lo que es la VFP, características, factores de riesgo y tipos de conductas, incluyendo también un crudo apartado sobre la violencia ejercida hacia los más mayores, con clara referencia al dramático maltrato a abuelos.

Acto seguido se nos explica de forma muy bien estructurada cómo es el perfil de un menor agresor por VFP y cuáles son los factores de riesgo que llevan al menor a vivir con la violencia. Aquí se hace especial referencia a las patologías mentales, al consumo de tóxicos y a un

elemento que prácticamente no se tiene en cuenta en la literatura científica, y que es el consumo de las bebidas energéticas junto al *binge drinking*, que actúan como verdaderos elementos inhibidores y detonantes de la VFP. Se analizan también con detalle los factores de riesgo relacionados con las tipologías de familias, factores sociales y educativos. Y aquí resulta especialmente enriquecedor e ilustrativo el conocer con profundidad los distintos patrones educativos que coadyuvan a la VFP, como es el patrón errático e inconsistente. El "hoy es blanco y mañana negro, pero quizás pasado es gris" –sostiene ABADÍAS con datos empíricos y una sólida doctrina– desconcierta al menor y en nada favorece una correcta educación y comportamiento alejado de la violencia. El autor nos habla de factores sociales que influyen de forma decisiva en que el menor sea una persona incapaz de refrenar sus deseos, y que lo quiere todo ahora mismo con la máxima inmediatez, indicándose un concepto que me parece que define muy bien algo que contribuye a la VFP, que es la "*Cultura touch*", en el sentido de que todo se tiene al alcance con un ligero toque de pantalla. Todo es para el ahora, lo material y lo inmaterial, y cuando no se consigue, *ad exemplum*, porque la situación económica no es boyante, se soluciona a base de violencia.

En el segundo capítulo podremos ver cuál es el alcance real de la magnitud del problema, con datos obtenidos a través de diversas investigaciones, publicaciones, eventos de expertos y, por supuesto, del análisis de las memorias de la Fiscalía General del Estado. Una vez situados ante el fenómeno de forma numérica y cualitativa, se nos recuerda el fundamental artículo 25 de la Constitución española dedicado a la reinserción y reeducación, que por supuesto atañe también al menor infractor como eje sobre el que gravita toda la legislación penal de los menores.

Pasando ya a las respuestas jurídicas en relación a la VFP, ABADÍAS aborda este punto desde el Derecho administrativo con la acción de protección del Estado, y por supuesto, nos habla sobre la legislación civil. Y aquí hay un momento en el que se hace referencia a una institución que fue derogada en 2007, que es el derecho de corrección de los padres sobre los hijos, siempre de forma moderada y razonadamente. ABADÍAS nos recuerda que el derecho de corrección si bien está derogado en el Código civil español, sigue en vigor en Cataluña, Aragón y Navarra mediante sus respectivas legislaciones forales, e invita a investigar si este factor puede ser decisivo en relación al aumento de casos de VFP. La respuesta jurídica nuclear a la VFP desde el abordaje jurídico está explicada con suma profundidad con la exégesis de la naturaleza de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y su Reglamento (LORRPM). El lector podrá encontrar un análisis de los principios fundamentales que son pilares de la LORRPM, y acto seguido podrá comprobar cómo quedan explicitadas cada una de las quince medidas que se pueden adoptar, pero siempre en relación a la VFP con comentarios preclaros. Tiene una especial relevancia científica que al final de la explicación de las medidas el autor aporte estadísticas del CGPJ sobre la aplicación de cada una de estas en los dos últimos años indicando posibles causas de incremento o decremento. Además, el investigador señala datos cuantitativos sobre la aplicación de cada una de las medidas haciendo especial inciso en casos en los que la medida se aplica con mucha mayor frecuencia, llevándonos hacia algún dato que sorprende y que invita a la reflexión, como puede ser que la Comunidad Autónoma de Cataluña sea la que más aplica la medida de internamiento en régimen cerrado, y con gran diferencia respecto al resto de comunidades autónomas.

Ya en el capítulo tercero, se relacionan los distintos tipos de centros de menores, sean de reforma y/o protección, y acto seguido podremos ver como se explican con sumo detalle la realidad de los programas específicos para la intervención en VFP. Es aquí cuando podemos

apreciar que España se sitúa como uno de los países que más investigación tiene y más programas especializados ha aportado para el abordaje de la VFP. Pero no solamente queda ahí la investigación, sino que también nos habla sobre la evaluación de los programas de intervención, indicando que en muchas de las ocasiones no existen, o bien están tratados de forma desigual aportando datos de reincidencia y éxito cuanto menos dudosos desde el punto de vista científico-criminológico.

Por lo que se refiere a las conclusiones y propuestas, vemos que ABADÍAS define la VFP como un fenómeno poliédrico, dinámico y multifactorial, y no podemos estar más de acuerdo con esta consecución de adjetivos tan certeros. Se nos indica que, a la vista de lo investigado, los menores agresores varones protagonizan una violencia de carácter casi siempre físico, mientras que las menores cometen actos de VFP con la singularidad de ser más psicológicos, todo ello situándose en la franja etaria más conflictiva, que sería de 15 a 16 años.

A mi juicio, algunos datos y corolarios que se alcanzan son, como mínimo, inquietantes: las familias monoparentales suelen padecer más episodios de VFP, y sobre todo cuando las madres se quedan con la custodia de los hijos y rehacen su vida con otra pareja, que no suele ser aceptada por los menores, al menos de entrada.

Los factores coadyuvantes de la VFP se señalan de forma clara en varios puntos de la obra y son muy diversos: el fracaso escolar, el aprendizaje vicarial de los círculos de amistades, el consumo de tóxicos, y un factor que sorprendió enormemente a quien suscribe estas líneas, como es el Trastorno del Déficit de Atención e Hiperactividad. Otros factores que señala el autor como predictores de la VFP son la baja resistencia a la frustración y vivir en familias con patrones educativos equivocados. Causa también cuanto menos curiosidad, que se llegue a la conclusión de que los menores que más protagonizan VFP forman parte de familias de estatus social medio o alto, y que sus padres apenas denuncien los hechos de los que son víctimas.

Otra de las conclusiones que más interés suscita es el desequilibrio territorial en cuanto a recursos y programas específicos para la VFP en España, pues hay zonas que están muy bien preparadas, y otras que han de trasladar a los menores lejos de sus residencias porque faltan recursos, como es el caso de Tarragona, que no tiene centro de reforma para la medida de internamiento en régimen cerrado.

ABADÍAS es muy crítico en relación a que cada comunidad autónoma tenga la competencia de aplicar las medidas judiciales, y lo pueda hacer escogiendo modelos públicos, privados o concertados. Esa crítica podría ser superada con la comprensión de que un modelo asimétrico, propio de determinados sistemas federales, comporta también una aceptación de la diferencia y del respeto en el ejercicio de las competencias atribuidas. Sin embargo, comparto y quiero subrayar la crítica que el autor formula en relación con los contratos millonarios que perciben las entidades que participan en la ejecución de medidas a pesar de que la LORRPM prescribe que no deben tener ánimo de lucro.

El autor apuesta de forma decidida por equipos multidisciplinares que aborden la VFP con la familia, pero con la familia extensa, y no solo la nuclear, para que las intervenciones tengan una alta tasa de éxitos.

Con todo, uno de los puntos más controvertidos, a nuestro modo de ver, es cuando el autor indica que según la LORRPM los menores no tienen antecedentes penales para que no sean estigmatizados. Frente a ello, el autor propone que se cree una normativa que permita realizar un seguimiento después del cumplimiento de la medida a los efectos de poder ayudar al menor como persona que está en evolución constante. El investigador concluye que podría estar conculcándose el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española, así como el derecho a la reinserción y reeducación del art. 25 de nuestra Carta Magna, siendo ambos piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico, sin dejar de afirmar con prudencia, que podrían estar infringiéndose los principios del superior interés del menor, de seguridad jurídica y de garantía de ejecución.

En definitiva, esta obra parte de una investigación empírica y explora de forma exhaustiva la VFP desde diferentes disciplinas. Estamos ante un trabajo que conoce, sabe y habla de la inter y multiprofesionalidad, que ahonda en la profundidad de las siempre necesitadas y complejas relaciones intrafamiliares. El lector encontrará tablas estadísticas, datos, investigaciones de todo tipo que nos acercan a conocer el problema, desde sus causas hasta sus consecuencias, hablando sobre las teorías de investigadores consagrados como AGNEW y HUGULEY, BANDURA, COTTRELL y MONK, MICUCCI, etc., y todo ello está escrito con un estilo directo, llano, agradable para disfrutar de una buena lectura.

Quisiera poner de relieve que a partir de esta publicación, todo aquel que quiera escribir sobre la violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor, deberá sustentarse en la obra que aquí reseño, y ello porque está muy bien estructurada, y porque casi podríamos calificar que es "ciclópea", no se deja nada por tratar, es la obra más completa que he podido ver en relación al tema de la VFP, tratada desde el punto de vista de un académico de las ciencias jurídicas, pero también desde la óptica de un profesional que conoce muy bien la realidad *in situ*.

Es una obra única que además de tratar la VFP desde los ámbitos que he comentado, lo hace desde el punto de vista del análisis de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales y también desde la Criminología, citando a autores clásicos e insignes como BERISTAIN, BUENO ARÚS, RODRÍGUEZ DEVESA, entre otros, demostrando una solidez científica digna de encomio.

ABADÍAS transmite que le preocupa la aplicación de la ley en su más prístino significado y que le motiva la fundamental reinserción del menor infractor por VFP, y nos describe con detalle el panorama de recursos específicos para el abordaje de esta violencia tan *sui generis* a lo largo y ancho de toda nuestra geografía. Se trata de un trabajo de investigación que abre miras, y expone cómo son y dónde están estos recursos, ya sean desde el ámbito de la protección y/o reforma, públicos, privados y concertados.

Para terminar, he llegado a la conclusión de que no puedo encontrar por mucho que le dé vueltas y medite, un mejor final para esta reseña de la obra del Dr. ABADÍAS SELMA, *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas,* que la que él mismo señaló en las últimas líneas de su excelente y arduo trabajo cuando lanza un mensaje de optimismo a padres y madres víctimas de esta lacra social, indicando literalmente que «(…) a pesar de todo, hay buenas soluciones y, por lo tanto, sí hay esperanza».

InDret
3.2020

Demelsa Benito Sánchez, Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal, *J.M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2020, 192 páginas*

Miguel Bustos Rubio
Universidad Internacional de la Rioja
miguel.bustos@unir.net
-

La monografía de la profesora BENITO, *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, recientemente publicada, aborda un tema de indudable oportunidad en un momento como el presente en el que el debate parlamentario previo a una reforma del Código penal es, prácticamente, inexistente. Esto ha tenido como consecuencia que las modificaciones del texto punitivo de la última década, muy abundantes por cierto, no se acomoden a la realidad delincuencial del momento. A la vez, son en su mayoría técnicamente deficientes. La obra que firma la profesora BENITO incide en estas dos ideas, aunque especialmente en la primera, como se puede deducir del propio título de la publicación.

La obra estudia el manejo de la evidencia empírica por parte del legislador en las últimas reformas del texto punitivo. Como la autora pone de manifiesto en la introducción, dejando ver ya una de las principales conclusiones de su investigación, se analiza «el *no* uso» de los datos empíricos en el diseño de la política criminal española más reciente (p. 22). Pero no solo ese es el objetivo del trabajo, que sería sencillo de comprobar leyendo los debates parlamentarios y las exposiciones de motivos de las leyes de reforma, a los que se remite también la autora. El libro pretende dar un paso más: analizar por qué el legislador no usa la evidencia empírica existente en nuestro país, que ya se adelanta que no es muy abundante y, en todo caso, mejorable. La respuesta a esta pregunta la encuentra la autora en el denominado populismo punitivo. Y así, va comprobando cómo cada una de las reformas penales analizadas cumple con los rasgos característicos de este modo de hacer política, mala política.

Para lograr los objetivos mencionados, la obra se estructura en cinco capítulos. El primero («La política basada en la evidencia: el concepto y la normativa de referencia en relación con la criminalidad») se dedica a la explicación de la expresión *evidence-based policy*, capítulo sin duda indispensable dado el título de la obra, si bien habría sido deseable dotarle de una mayor extensión y abordar más en detalle los negativos efectos que para la sociedad tiene el hecho de no elaborar políticas basadas en la evidencia.

Como el punto de partida para diseñar políticas basadas en la evidencia es, obviamente, la existencia de datos de calidad, datos recogidos conforme al método científico, en el segundo capítulo («¿Cómo se mide empíricamente la delincuencia?») se describen los mecanismos clásicos para la medición de la delincuencia: las estadísticas oficiales, las encuestas de victimización y los estudios de delincuencia auto-revelada. Respecto de cada uno de ellos, la autora resalta sus fortalezas y sus debilidades, todo lo cual se tendrá en cuenta en el capítulo siguiente cuando se concrete el análisis en los instrumentos empleados en España para recopilar datos sobre la criminalidad. El análisis ha quedado ceñido a los instrumentos más clásicos. La autora podría haber hecho referencia también a otros desarrollados más

recientemente para medir la delincuencia no tradicional, como el crimen organizado o la corrupción. Quizá su ausencia se deba a que los delitos elegidos por la autora para desarrollar el punto clave de su investigación sí son delitos tradicionales (delitos contra la vida, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y delitos contra la seguridad vial).

El capítulo tercero («La evidencia empírica disponible en España») ofrece un detallado análisis de los mecanismos que existen en el momento actual en España para medir la criminalidad. Partiendo de la estructura del capítulo anterior, la exposición se centra también en los tres instrumentos clásicos: las estadísticas oficiales, las encuestas de victimización y los informes de delincuencia auto-revelada. La idea que subyace en este capítulo es que se necesitan datos fiables para sustentar en ellos el diseño de la política criminal. Para la profesora BENITO, los datos de mayor calidad para ser utilizados en su investigación son los que proceden de las estadísticas oficiales de delitos registrados por la policía (p. 86), si bien es cierto que en ellos nunca se refleja la cifra negra de la criminalidad. Además, pone de manifiesto la autora en este punto que dichas estadísticas deben mejorarse para que los datos sean más útiles en el diseño de las políticas en materia penal. Especialmente, llega a esta conclusión en relación con uno de los grupos de delitos analizados, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, respecto de los cuales las estadísticas aparecen desagregadas en categorías excesivamente amplias, lo que sin duda dificulta un conocimiento preciso de la realidad de estas modalidades delictivas (pp. 63 y 86). En este capítulo, también se pone de manifiesto la escasez de experiencias en España con las encuestas de victimización y se reclama el uso de este tipo de encuestas para recabar datos en relación con tipologías delictivas que presentan una elevada cifra negra en las estadísticas oficiales (p. 87), como son los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, precisamente, objeto de estudio en la obra.

En el capítulo IV de la monografía («La ausencia de evidencia empírica en el diseño de la política criminal española en la última década: algunos ejemplos») se ofrece el análisis que corrobora la hipótesis de partida: que el legislador español no utiliza datos empíricos en sus reformas penales. Llegar a esta conclusión es una tarea relativamente sencilla pues basta leer los debates parlamentarios y las exposiciones de motivos de las leyes de reforma. Pero este capítulo incluye un objetivo mucho más ambicioso: corroborar si las tendencias delictivas que marcan la evidencia empírica existente en España se corresponden con la línea seguida por el legislador, de corte cada vez más punitivista. Es decir, la autora analiza si las tendencias delictivas podrían, de algún modo, justificar tan represivas reformas. La investigación se ciñe a los tres grupos de delitos ya referidos. La justificación de la elección de estos grupos es la siguiente (p. 92): (i) son delitos que han sido modificados de manera claramente punitivista en la última década; (ii) son delitos que generan un intenso debate social, principalmente los dos primeros, lo que seguramente trae su causa en la importancia del bien jurídico; (iii) las reformas respecto de los tres grupos de delitos han sido muy criticadas por la doctrina penal, precisamente por su marcado carácter represivo. Estos elementos justifican, a mi entender, la oportunidad de su selección y posterior exégesis con la metodología propuesta, pero debería dejarse claro en la obra si las conclusiones extraídas al respecto se pueden hacer o no extensibles a otras modalidades delictivas. La experiencia nos dice que la deriva punitivista de nuestro legislador seguro que abarca también otros delitos, pero sería deseable constatarlo con base científica, si es que respecto de esos otros delitos la hay, pues precisamente esta obra pone de manifiesto las carencias de la evidencia empírica disponible en España.

Una vez que la autora corrobora que las tendencias delictivas no se corresponden con la línea de las reformas penales, en el capítulo V («La necesidad de emplear evidencia empírica contra la deriva punitiva del legislador») trata de dar respuesta a la pregunta sobre qué le impulsa al legislador a llevar a cabo tales reformas sin tener en cuenta absolutamente un solo dato empírico. Su hipótesis es que tales reformas responden al denominado populismo punitivo, siguiendo la expresión empleada en 1995 por BOTTOMS para referirse a un uso electoralista del Derecho penal. Considerando que el populismo punitivo tiene tres características que lo definen, la autora comprueba en su análisis que efectivamente las reformas de los grupos de delitos mencionados cumplen esas características: (i) el recurso desmesurado a la pena de prisión, poniendo el foco en las penas de larga duración y en el cumplimiento íntegro de las mismas; (ii) la instrumentalización de las víctimas para el diseño de la política criminal, alentada por los medios de comunicación y (iii) la utilización electoral de las reformas penales.

La conclusión final del libro, ubicada en el último epígrafe del capítulo V («El uso de la evidencia empírica en el diseño de la política criminal. Antídoto del populismo punitivo») pone el foco en la necesidad de utilizar la evidencia científica para combatir el populismo punitivo. El actual modelo de elaboración de la política criminal tiene perversas consecuencias para los ciudadanos, en tanto que restringe las garantías propias de un Estado de Derecho y los derechos inherentes al individuo. Por eso, defiende la profesora BENITO que una manera de luchar contra el populismo punitivo es a través del diseño de la política criminal con base científica (p. 160). Para ello se necesita, en primer lugar, contar con datos de mayor calidad que los disponibles hasta el momento en España, más detallados en cuanto a determinadas tipologías delictivas, como algunas de las estudiadas (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales). Esta evidencia empírica debe, además, ponerse fácilmente al acceso de los operadores políticos, pero también de la ciudadanía, para que pueda estar informada y pedir a los anteriores la eventual rendición de cuentas (pp. 160-162).

En segundo lugar, las víctimas de delitos, especialmente de los violentos, deben ser asistidas y protegidas por el Estado pero en ningún caso se les puede «hacer liderar campañas políticas de modificación de la legislación penal para que el partido político de turno se apunte un tanto» (p. 164) pues una «política criminal anclada en exclusiva en los derechos de las víctimas conlleva irremediablemente a un sistema perverso y anacrónico, que ignora los fundamentos del principio de culpabilidad» (p. 165).

En tercer lugar, los operadores políticos no pueden sustentar sus reformas en una pretendida demanda social que, por un lado, no parece real sino inventada por ellos mismos para después vender una respuesta contundente frente a la criminalidad que les haga ganar votos; y por otro lado, porque la demanda social *per se* es un argumento insuficiente para embarcarse en políticas penales como las descritas, abiertamente lesivas de los derechos más básicos del ciudadano y las garantías constitucionales (p. 166).

Finalmente, la autora pone un límite imprescindible al uso de la evidencia científica para el diseño de la política criminal, y ello porque con los datos empíricos en la mano se podrían llegar a justificar políticas en exceso represivas cuando aquellos mostraran una evolución preocupante de la criminalidad, sobre la falsa creencia de que un endurecimiento de la respuesta penal hace disminuir los índices de criminalidad. Para evitar esto, se aboga por recurrir a los límites que nos proporciona la Dogmática penal, siguiendo la idea de la *gesamte Strafrechtswissenschaft* de VON LISZT. Con acierto insiste la profesora BENITO en la necesidad de

recuperar la complementariedad entre las ciencias penales: la Criminología, la Política criminal y el Derecho penal, sin olvidar que la contención de la delincuencia pasa por el diseño de políticas preventivas menos lesivas para los derechos de los ciudadanos que las políticas puramente represivas que se han llevado a cabo en la última década (p. 167).

Sin negar la oportunidad y la calidad de la obra objeto de esta recensión, quisiera aprovechar estas líneas para ahondar en el tema de la monografía de la profesora BENITO. Desde hace años, prácticamente desde las primeras modificaciones del Código Penal de 1995, los penalistas venimos apreciando la deriva punitivista del legislador. Cada reforma incorpora nuevos tipos penales a la vez que se recrudecen las consecuencias jurídico-penales. No es, por tanto, nueva la crítica de la obra, aunque parece que sigue siendo necesaria a la vista de la escasa atención que presta el legislador a las opiniones de los expertos en la materia penal. Es por eso que se requiere una serena reflexión por parte de la doctrina para buscar fórmulas que transmitan a los operadores políticos los resultados de sus investigaciones siempre con el objetivo de favorecer el bienestar y el progreso social. Y no solo a los operadores políticos, sino también a la ciudadanía en su conjunto, a quien rápidamente tendemos a calificar como punitivista, siendo, paradójicamente, nosotros mismos los que no indagamos si verdaderamente es así o no. Es cierto que la sociedad se muestra punitivista en las encuestas con escasa validez científica que realizan los medios de comunicación o las redes sociales, pero la sociedad no lo es tanto cuando se hacen estudios asentados en el método científico. Lo hemos visto recientemente, por ejemplo, con el aparente apoyo a la pena de prisión permanente revisable.

La carencia de este tipo de estudios hace que el legislador se permita asentar sus reformas en una supuesta demanda social que, como sabemos, es un mantra repetido en todas las reformas de los últimos años. Pero tal demanda social es discutible que exista, como se ha señalado en el párrafo anterior. Y aunque existiera, no es un argumento *per se* válido para legitimar una reforma penal desconociendo el resto de consecuencias que la misma puede tener sobre los ciudadanos. Y esto es precisamente lo que falta en las reformas penales habidas en España, evaluaciones de impacto, un tema que la obra objeto de recensión no aborda pero sobre el que, sin duda, se debe reflexionar. En suma: no solo es necesario comprobar los datos empíricos en materia de criminalidad a la hora de llevar a cabo una reforma penal, sino que toda reforma debe acompañarse de una evaluación de impacto, como de hecho nos reclaman diversos instrumentos legales en el ámbito de la Unión Europea.

En último término quisiera realizar una reflexión sobre algunos de los temas finales que se abordan en la obra. Al final de la misma la profesora BENITO pone de manifiesto que la evidencia empírica no es la única base sobre la que asentar reformas penales, y en efecto, debe incidirse más si cabe en esta idea. Y ello debe ser así por cuanto los datos pueden efectivamente mostrar un aumento de un determinado tipo de criminalidad (o más bien, un aumento de las denuncias al respecto), lo que puede llevar a justificar reformas punitivistas sobre el alegato de que así se contendrá la delincuencia. La autora pone de manifiesto, en efecto, que un aumento de la represión penal no tiene *per se* efectos disuasorios. Este es el mensaje que debe ser transmitido a los operadores políticos y a la ciudadanía, para evitar que bajo el paraguas de la evidencia científica se lleven a cabo reformas que produzcan vulneraciones de los principios legitimadores del Derecho penal.

En definitiva, la obra recensionada refuerza la idea que en el mundo académico compartimos sobre cómo debe diseñarse la política criminal, pero que en el ámbito político se ignora, quizá -y es lo preocupante– de manera consciente.

InDret
3.2020

José Ángel Brandariz, La economía política de la pena: una introducción, *Iustel, Madrid, 2019, 199 páginas*

José Manuel Paredes Castañón
Universidad de Oviedo
paredesmanuel@uniovi.es
-

1. Tal y como explícitamente reza su título, este último libro de José Ángel BRANDARIZ pretende poseer ante todo una naturaleza divulgativa. No se trata, sin embargo, de lo que se suele entender en el ámbito científico por divulgación (obras que intentan comunicar a un público culto, pero no especializado, conocimientos obtenidos en el ámbito de una determinada disciplina científica), sino de otra pretensión distinta de divulgación. Pues aquí el público buscado para la obra sí es de especialistas: se trataría, en efecto, de difundir en el ámbito de las ciencias penales de habla hispana (juristas y criminólogos, principalmente) las propuestas analíticas de una tendencia teórica (la de la *"economía política de la pena" –political economy of punishment*) que, a pesar de algunas contribuciones de fuste en nuestro idioma (señaladamente, entre otros pocos, del propio BRANDARIZ), sin duda ha sido elaborada y desarrollada principalmente por parte de un sector de la Criminología anglosajona.

Si tuviésemos que caracterizar en pocas palabras a esta corriente de pensamiento en torno al sistema penal, dos serían, me parece, los rasgos principales que habría que destacar: primero, una tesis sustantiva (sociológica), que actúa como marco teórico de partida; y en segundo lugar (y como consecuencia de aquella), una propuesta de método de investigación. La tesis teórica es, como decía, de naturaleza sociológica: a tenor de la misma, los factores causales que inciden de manera predominante (a día de hoy, un determinismo económico más radical parece difícilmente defendible) sobre la estructuración y operatividad del sistema penal tienen que ver todos ellos con las necesidades funcionales del sistema económico (capitalista); más específicamente, dichas necesidades funcionales condicionarían de manera predominante las características de la respuesta punitiva que el sistema penal da a algunas formas de conducta socialmente desviada.

Sobre la base de este presupuesto teórico de partida, las investigaciones desarrolladas en el marco de la corriente de economía política de la pena pretenden hallar correlaciones y establecer relaciones causales entre, de una parte, los rasgos y la evolución del sistema económico capitalista y, de otra, los rasgos y la evolución de las respuestas punitivas propias del sistema penal, con el fin de extraer conclusiones sobre cómo se produce la incidencia de la sociedad (= de la clase dominante de la sociedad) en la institución social de la pena.

Se trata, por consiguiente, de una corriente de pensamiento cuya principal finalidad es, en principio, la de describir la realidad del sistema penal (o, al menos, una faceta tan importante del mismo como lo es la de las penas, su régimen y modos de ejecución), concebido como un fenómeno social y explicable a partir de causas sociales. No obstante, resulta patente que dicha finalidad fundamentalmente descriptiva no está concebida desde una perspectiva políticamente neutral, sino, por el contrario, desde un punto de vista abiertamente crítico con las pretensiones de justificación que se suelen reclamar para las penas. Se trata, en efecto, de

un característico ejercicio de lo que Paul RICOEUR denominó *"hermenéutica de la sospecha"*; aquí, sobre la base de un marco teórico muy afín a la teoría económica y social marxista: se trataría de someter a crítica la *"falsa conciencia"* acerca de la razón de ser que justifica la institución de la pena (los fines, morales e instrumentales, que usualmente se proponen para justificarla: retribución, prevención general, prevención especial, etc.), mediante el desvelamiento de sus auténticas funciones; funciones que no tendrían que ver –contra lo que suele aducirse- fundamentalmente con el restablecimiento de una situación moralmente correcta, o con objetivos de racionalidad colectiva (de bien común), sino que en realidad estaría predominantemente al servicio de los intereses (de dominación socioeconómica y política) de la clase dominante, la burguesía capitalista.

El libro de BRANDARIZ comienza, como es lógico, por los auténticos padres fundadores de la corriente de la economía política de la pena (ellos sí declaradamente marxistas): Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER, que en 1939 publicaron el libro *Punishment and Social Structure*, en el que por primera vez (sobre la base de algunas sugerencias derivadas de los análisis de Karl MARX –siempre incidentales- sobre ciertos episodios concretos de utilización del Derecho Penal con fines de dominación clasista) proponen abiertamente la tesis de la dependencia funcional entre el nivel de punitivismo de un determinado sistema penal y las circunstancias concretas del sistema económico, que crearía en cada momento y lugar unas determinadas necesidades de represión (a través, entre otros medios, de las penas), con el fin de asegurar las relaciones de producción y la dominación de la burguesía capitalista sobre el proletariado.

El libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER, que en el momento de su publicación pasó prácticamente desapercibido, fue recuperado, en una reedición, en 1968 y, en un ambiente ideológico mucho más adecuado (recuérdese: en el plano político, ascenso de movimientos sociales críticos y, en el teórico, influencia determinante del pensamiento marxista en sus diversas manifestaciones), se convirtió en el auténtico manifiesto programático de lo que se convertiría en toda una corriente de análisis teórico del sistema penal. BRANDARIZ señala, en este sentido, cómo en el desenvolvimiento del enfoque cabe distinguir –aunque, ciertamente, no se trate de compartimentos estancos- entre dos etapas diferentes. Una primera (a partir de la reedición del libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER y prácticamente hasta finales del siglo pasado), encarnada paradigmáticamente en la obra de Dario MELOSSI, con investigaciones históricas sobre el origen de la pena de prisión y exploraciones acerca de la relación funcional entre la evolución del mercado de trabajo y la evolución del régimen y modos de ejecución de dicha pena. En cambio, en una segunda etapa, contemporánea (ya en este siglo), las investigaciones se habrían reorientado para intentar analizar la realidad del triunfo del neoliberalismo como régimen de gubernamentalidad en todos los Estados desarrollados y el modo en que dicho triunfo ha afectado al sistema penal y a sus penas: surgen así tesis como la de las *"cárceles de la miseria"* (Loïc WACQUANT), la de la construcción de un consenso autoritario para reforzar la legitimidad del Estado (Emma BELL), la de la pena como último recurso para la gobernanza de conflictos sociales en el marco de la retracción de los instrumentos de política social (Robert REINER), o la del *"gobierno de la excedencia"* (Alessandro DE GIORGI), que pretenden establecer nuevas conexiones funcionales, ya no –como en la etapa primera de la corriente- entre mercado de trabajo y características de la penalidad, sino más bien entre estas y el grado de exclusión social que la organización neoliberal de la economía, de la sociedad y del gobierno viene produciendo. Tesis que se han intentado validar asimismo con estudios empíricos, que intentan mostrar la correlación entre los fenómenos macro-sociales indicados y los cambios en el sistema penal.

Por fin, BRANDARIZ apunta que el reto más actual que la corriente de economía política de la pena tiene planteado consiste en ser capaces de explicar de manera convincente y basándose en evidencia empírica suficiente las tendencias globales más recientes, de limitación de la expansión punitiva y reducción del número de penados (puesto que, por coherencia con el punto de partida, no cabe aducir como causa la reducción de las tasas de criminalidad, sino que es necesario encontrar una relación entre este cambio y la evolución global del sistema socioeconómico).

2. Si pasamos ahora de la descripción a la valoración, es preciso referirse en primer lugar al valor del libro en tanto que obra divulgativa: en este sentido, creo que se trata de una introducción extremadamente valiosa a la corriente teórica de la economía política de la pena y de una lectura verdaderamente imprescindible para criminólogos y para aquellos penalistas que tenemos querencia por las ciencias sociales. Pues lo cierto es que BRANDARIZ logra, en una cantidad limitada de páginas, sintetizar de manera extremadamente fiel, clara y con gran precisión las principales líneas de investigación y de elaboración teórica de la corriente, enmarcándolas históricamente y trazando con nitidez la evolución, con sus discontinuidades y sus continuidades, así como las polémicas (tanto internas como con otras corrientes metodológicas en el ámbito de la Criminología) en las que se ha visto inmersa y las críticas que ha recibido. La descripción es atinada, las opiniones ponderadas y el aparato bibliográfico extremadamente exhaustivo, con lo que el libro se convierte así en un magnifico punto de partida para quien quiera profundizar en los temas y en las fuentes originales de esta línea de investigación.

Cabe, no obstante, preguntarse–más allá del valor informativo del libro- cómo de relevantes son sus contenidos y, en general, las propuestas analíticas procedentes de la corriente de economía política de la pena, para la comprensión de la penalidad, de sus causas y de su evolución. A este respecto, creo que esta forma de enfocar el estudio de las sanciones penales posee tres virtudes evidentes. La primera, desde luego, es el esfuerzo por proporcionar una explicación sociológica (y no puramente idealista) a lo que –no deberíamos olvidarlo nunca- no es sino un fenómeno social más: una más de las instituciones sociales (es decir, de los conjuntos de reglas y procedimientos, fijados mediante un acto de poder, que pretenden regular la interacción en un determinado espacio social) diseñadas para promover el control social. Y, en tanto que fenómeno social, las causas de su existencia y de su cambio habrán de ser necesariamente también sociales: describir los factores que explican (= que con condiciones necesarias para) el surgimiento de la institución de la pena y su evolución tiene que hacerse refiriéndose a acciones individuales y de grupos, a estructuras de distribución del poder, a patrones de interacción y a creencias colectivas.

Es imprescindible, pues, distinguir cuidadosamente entre la cuestión descriptiva, que versa sobre las causas (sociales) que dan lugar a una determinada configuración, en cada Estado y en cada momento histórico, de la institución de la pena, y el problema (normativo) de la valoración que, tanto desde el punto de vista moral como desde el instrumental, merezca dicha configuración. Distinción esta que no siempre está clara en muchos análisis jurídicos en torno a la pena (en los que, a causa de un exceso de idealismo en el método de análisis y de positivismo ideológico en los puntos de partida axiológicos, se tiende a tomar como indiscutible que las penas existen por la misma razón por la que podrían llegar a estar justificadas –asumiendo además, casi siempre, que de hecho lo están), pero que sí que lo está en los análisis de economía política de la pena. En este sentido, una segunda virtud de este enfoque es su

persistente negativa a naturalizar –y reificar– la institución social de la pena: haciendo suya la virtud de la teoría social marxista (que se niega a aceptar que las relaciones sociales sean relaciones cuasi-naturales, auténticas propiedades intrínsecas de las cosas, y reclama siempre el carácter socialmente construido –y, por ende, mutable– de la realidad social), la economía política de la pena se esfuerza en desmitificar la naturalidad con la que solemos asumir la pena como –según reza el tópico- *"una amarga necesidad"*, advirtiendo que, por el contrario, se trata de una institución con orígenes históricos precisos (en los inicios de la modernidad y de la sociedad burguesa) y que está vinculada a ciertas funciones y efectos sociales. Por lo que es perfectamente posible poner en cuestión dicha pretendida necesidad, así como su justificación moral: bien sea cuestionando la moralidad y/o racionalidad de las funciones sociales que cumple y de los efectos sociales que produce, o bien sometiendo a crítica el modo en el que la institución jurídica se relaciona concretamente con dichas funciones y efectos.

Por fin, una tercera virtud de la corriente de economía política de la pena es que en todo momento ha puesto el foco de atención sobre el núcleo central de la realidad social de la penalidad: la pena de prisión y los delitos que están castigados con dicha pena y que son cometidos por los sectores más marginados de las clases populares. Pues, en efecto, aunque pueda haber fenómenos mucho más novedosos en la evolución del sistema penal e igual de preocupantes (Derecho Penal del riesgo, moralismo, Derecho Penal simbólico, Derecho Penal antiterrorista y de excepción), conviene no dejarse fascinar por las novedades ni perder de vista el hecho indudable de que, en términos cuantitativos (número de penados, cuantía de las condenas), el "viejo Derecho Penal" (con una orientación marcadamente clasista –y, más recientemente, también racista) sigue siendo el centro de actividad del sistema penal, por lo que prestar atención preferente a su operatividad y a las funciones sociales que cumple parece harto justificado.

3. Con todo, puestos a hacer una valoración global de las aportaciones analíticas realizadas por la corriente de la economía política de la pena al conocimiento de las instituciones penales (y me refiero tanto a sus aportaciones de índole teórica como a las de naturaleza más empírica), si bien es cierto que la misma viene proporcionando indicaciones valiosas tanto sobre la historia social del sistema penal como sobre la existencia de correlaciones entre la evolución de las instituciones penales y la de la dinámica de las sociedades, sin embargo, ello no puede ocultar el hecho de que el enfoque metodológico adoptado para sus investigaciones suscita algunos reparos de importancia. Reparos que, como es lógico, también perjudican al grado de certeza epistémica (=certeza justificada) de las conclusiones que se obtienen.

En concreto, creo que la principal objeción a su método de investigación tiene que ver con la tendencia a realizar descripciones de fenómenos propios del sistema penal mediante explicaciones de naturaleza funcional, sin atender siempre adecuadamente a los requisitos epistemológicos que una explicación funcional exige, para resultar científicamente aceptable. En efecto, es habitual encontrarse, en los análisis propios de la economía política de la pena, con conclusiones con la siguiente estructura: *"El hecho H_1 (o el acontecimiento E_1) acontecido en el sistema penal se explica porque H_1 (o E_1) provoca el estado de cosas S_1 en el sistema económico; y S_1 es imprescindible/útil para que el sistema económico se mantenga/prospere"*. Por ejemplo: la gravedad de las penas se explica porque dicha gravedad produce, dentro del proletariado (y, muy especialmente, en el lumpen-proletariado), una reducción del ejército industrial de reserva a magnitudes que resulten manejables por parte de las empresas, reduciendo el riesgo de desestabilización social.

La cuestión es que una explicación funcional de hechos o eventos únicamente resulta epistemológicamente aceptable en la medida en que cumpla dos condiciones. Primero, que se explicite adecuadamente cuál es el curso causal (= la cadena de eventos causalmente conectados) que lleva desde S_1 hasta H_1 (o E_1): es decir, en nuestro ejemplo, de qué manera la reducción del ejército industrial de reserva acaba por ocasionar el aumento del grado de aflictividad de las penas. Y, en segundo lugar, que se identifique con precisión cuál el mecanismo de selección funcional: es decir, en nuestro ejemplo, que se explique cómo es que (= a través de qué mecanismos selectivos) este efecto beneficioso para el sistema económico acaba por predominar (no una vez, contingentemente, sino de forma generalizada, casi siempre) sobre otros factores causales contrapuestos (influencia política de diversos empresarios morales, restricciones presupuestarias, grupos de presión, ideologías, etc.) que, sin duda, también pugnan por influir sobre la determinación de la cuantía de las penas.

En mi opinión, no siempre es fácil hallar esta atención cuidadosa a los problemas metodológicos en las investigaciones que se realizan en el ámbito de la economía política de la pena. Por el contrario, no es infrecuente que se propongan explicaciones funcionales a partir de una evidencia empírica que, en rigor, tan solo permite establecer alguna suerte de correlación entre fenómenos (en el terreno económico y en el ámbito penal), sin que en absoluto quede probada la conexión causal, que exigiría una investigación mucho más cuidadosa y detallada. En este sentido, la economía política de la pena comparte en buena medida –lo que, dado su origen, resulta perfectamente natural- los defectos propios de la teoría social marxista, que (sobre la base de la doctrina del materialismo histórico) tiende a dar por supuesta la existencia de conexiones funcionales entre "infraestructura" y "superestructura", en vez de investigar empíricamente en qué casos estas existen efectivamente y en cuáles no, y cómo se han llegado a producir. Defecto que no solo concurre en las versiones más economicistas del enfoque, sino incluso en aquellas que intentan tomar más en consideración la política y la ideología: también en este caso determinar el modo en el que –por ejemplo- la necesidad de legitimidad del Estado está vinculada con los intereses de la burguesía y, a su vez, con el grado de aflictividad de las penas es algo que no puede darse por supuesto, sino que precisa de una cuidadosa investigación (causal) histórica y sociológica.

Lo acabado de exponer tiene que ver con una segunda dificultad que cabe oponer a las explicaciones procedentes del enfoque de economía política de la pena (y, más en general, a las explicaciones funcionales en ciencias sociales), que es su dificultad para incorporar adecuadamente el papel causal de las acciones intencionales a su teoría. Pues, como es evidente, las decisiones político-criminales en materia de penalidad son el fruto de esa clase de acciones: líderes políticos, empresarios morales, grupos de presión, expertos, etc., todos ellos son agentes que, a través de actuaciones intencionales, buscan –y muchas veces logran- influir sobre la configuración y sobre el funcionamiento del sistema penal. Cabe imaginar ciertamente que algunos de ellos obren sobre la base de una agenda –explícita u oculta, tanto da- que incorpore las necesidades e intereses de la clase burguesa. Pero difícilmente pueden pensarse que sea así en todos los casos: de hecho, las investigaciones empíricas lo desmienten. De este modo, una explicación funcional de nivel macro-social (que conecta necesidades globales de la economía con cambios en el sistema penal), como la que el enfoque de economía política de la pena propone, necesita ser capaz de explicar también cómo es que todas esas actuaciones intencionales de los agentes protagonistas de la discusión y aprobación de políticas penales acaban por confluir siempre o casi siempre con los intereses de la burguesía. Algo que en

muchas ocasiones será difícil de hacer o imposible (puesto que las políticas penales son realmente mucho más contradictorias de lo que se supone). Y que, incluso allí donde sea posible, exigiría un examen mucho más cuidadoso del rol de la dinámica concreta de relaciones de poder, de influencia, de los marcos cognitivos en los que operan los agentes, etc. Es decir, explicaciones que abandonen el nivel macro-social y que (para explicarlo de una manera satisfactoria) se concentren en los fenómenos meso-sociales y micro-sociales (interacciones entre individuos, grupos, etc.) que dan lugar efectivamente a las políticas penales y a su praxis.

Por fin, una última dificultad para este enfoque puede derivarse de la concepción de la economía (capitalista) como un sistema único y cerrado, respecto del cual la penalidad operaría como una herramienta reguladora (entre otras). Pues lo cierto es que la relación entre economía y sistema penal resulta de hecho mucho más polifacética de lo que desde esta concepción se da a entender: ciertamente, la evolución económica influye sobre la evolución de la penalidad (ejemplo: relación entre tasas de desempleo y de precariedad, tasas de pequeña delincuencia patrimonial e incremento de las penas para dichos delitos), pero también ocurre a la inversa (ejemplo: papel de la incriminación de delitos socioeconómicos en el comportamiento empresarial); y, además, la influencia puede darse en diversas direcciones diferentes, según casos y momentos. De este modo, una vez más las explicaciones de nivel meso-social (que distinguen grupos de delitos y diferentes sectores de la actividad económica) se vuelven a mostrar mucho más relevantes para esclarecer los fenómenos de persistencia y de cambio dentro del sistema penal que las grandes narrativas de teoría macro-social, a las que el enfoque de economía política de la pena generalmente recurre. Ello resulta particularmente patente cuando se trata de explicar los "pequeños" –vistos con perspectiva macro- cambios en la legislación y en la praxis del sistema, que tan importantes son en la realidad (y que resultan mucho más frecuentes que los cambios epocales): hacerlo significa prestar atención a la variedad de factores causales contribuyentes y distinguir, según momentos y lugares, el peso relativo de cada uno de ellos en la evolución de las instituciones penales. No cabe duda, desde luego, de que, como es natural, en el caso de sistemas penales parecidos y de sociedades con problemas y características similares, las evoluciones y las causas de las mismas poseerán un cierto aire de familia. Pese a ello, atender a lo específico (a las acciones específicas y a las estructuras sociales concretas), y no solo a correlaciones a vista de pájaro entre sociedad e instituciones penales, parece que debería ser la prioridad de cualquier sociología de la penalidad que pretenda ser rigurosa y clarificadora.

InDret
3.2020

Actuación en conciencia. Sobre el Libro Homenaje a Claus Roxin de 2018*

Diego-Manuel Luzón Peña* (dir.), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (por sus discípulos y traductores al español de su Tratado Derecho Penal Parte General, tomos I y II. Edición al cuidado de y presentación de: Luís Cervantes Liñán y José F. Palomino Manchego), *editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, 798 páginas

Ricardo Robles Planas
Universitat Pompeu Fabra
ricardo.robles@upf.edu
-

1. El 14 de noviembre de 2016 Claus ROXIN fue investido por 25.ª vez Doctor Honoris Causa. En esta ocasión por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega en Lima (Perú). Esa misma universidad editó en 2018 el libro homenaje en su honor que es objeto de la presente recensión. El libro está dirigido por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y está escrito íntegramente por los traductores al español de su Tratado de Derecho penal, a quienes considera discípulos directos (como el propio LUZÓN, DE VICENTE REMESAL, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO –todos ellos también Doctores Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega-) o indirectos de ROXIN (como PAREDES CASTAÑÓN) y por su primer discípulo, Bernd SCHÜNEMANN. En esencia, estamos ante un libro de la escuela de *Luzón* en honor de ROXIN, cuya obra ha ejercido una notable influencia en el mundo hispanoparlante precisamente gracias a los autores que escriben en él. En la destacada presencia de SCHÜNEMANN en el acto de investidura (quien también recibió el grado de Doctor Honoris Causa) y en el libro resuenan las palabras que él mismo escribió hace algunos años: «en caso que una ciencia jurídico dogmática en el sentido tradicional sobreviva a la globalización, un sistema penal de esas características solo puede ser desarrollado sobre la base de un pensamiento sistemático común a toda Europa, cuya vanguardia se encuentra, en este momento, en la ciencia penal alemana y española» (*InDret Penal*, (1), 2008, p. 9; EL MISMO, *GA*, 2006, p. 380).

2. El libro se divide en tres grandes partes, en correspondencia con los tres ámbitos principales a los que ROXIN ha dedicado su colosal obra científica: la Parte General y la Parte especial del Derecho penal y el Derecho procesal penal. Que el adjetivo acabado de utilizar es el obligado para referirse a la obra de ROXIN lo confirma la relación exhaustiva de la bibliografía jurídica del homenajeado (a 1-1-2018) con la que concluye el libro: además de su conocido escrito doctoral (Teoría del tipo penal) y de habilitación (Autoría y dominio del hecho), ambos traducidos al español, ROXIN ha publicado 7 manuales, diversos comentarios a parágrafos del StGB en el *Leipziger Kommentar* y un total de 33 monografías. A ello hay que sumar sus 304 artículos en volúmenes colectivos o en revistas, sus 48 recensiones y sus 44 comentarios de sentencia. Que

* Texto publicado originalmente bajo el título «Handeln aus Gewissensgründen. Zur spanischen Festschrift für Claus Roxin 2018» en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (4), 2020, pp. 266 ss.

la obra de ROXIN ha alcanzado el estatus de *Scientia Universalis* (como reza el título de su segundo *Festschrift* alemán publicado por su ochenta cumpleaños) lo demuestra el dato de que muchas de sus obras han sido traducidas total o parcialmente al español, portugués, italiano, griego, inglés, ruso, polaco, turco, japonés, chino o coreano. Aunque no sea el objetivo directo de estas páginas, un penalista no debe dejar pasar una ocasión propicia –y esta lo es especialmente- para mostrar profunda admiración a Claus ROXIN por su grandeza como penalista.

Casi todas las contribuciones de la *Parte General* del libro dirigido por *Luzón* abordan temas que ROXIN ha tratado a lo largo de toda su fecunda vida académica. Así, la deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Derecho penal (SCHÜNEMANN); la actuación en conciencia y el delincuente por convicción (LUZÓN PEÑA); la repercusión de los fines de la pena en la configuración de la pena -de inhabilitación- (DE VICENTE REMESAL); la revisión de la teoría de la autoría de *Claus* ROXIN desde un punto de vista parcialmente crítico (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO); la política criminal racional (PAREDES CASTAÑÓN); la comisión por omisión (ROSO CAÑADILLAS); el consentimiento y el tratamiento médico (JERICÓ OJER); la relativización de la distinción entre acción y omisión en la actividad médica (RODRÍGUEZ VÁZQUEZ). Otros, en cambio, se refieren a temas menos conocidos en la dogmática clásica del Derecho penal como el principio de precaución (ESCOBAR VÉLEZ) o la personalidad jurídica de las empresas transnacionales en la UE como presupuesto de la responsabilidad en el art. 31 del Código penal español (GARCÍA MOSQUERA).

Las contribuciones de la *Parte Especial* abordan cuestiones muy diversas entre sí: el objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios (VEGA GUTIÉRREZ); la influencia de las recomendaciones del GRECO en las reformas de los delitos de cohecho y financiación de los partidos políticos del CP operadas por las LO 5/2010 y 1/2015 (OLAIZOLA NOGALES); el estudio del artefacto explosivo casero como medio peligroso "pluritípico" en los delitos de lesiones, daños, atentado y tenencia de explosivos y de las relaciones concursales entre tales delitos (TRAPERO BARREALES); el delito de "difusión" o "propaganda" terrorista desde el punto de vista de una desmesurada expansión de los actos preparatorios (BARBER BURUSCO); y el complicado y polémico delito de maltrato y abandono de animales tras la reforma por la LO 1/2015 del CP (DURÁN SECO).

Finalmente, la (única) contribución de *Derecho procesal penal* versa sobre el siempre controvertido principio de publicidad del proceso penal (MARTÍNEZ CANTÓN).

Sabrán disculparme los autores del libro que en una recesión como esta no me sea posible comentar todas y cada una de las interesantes contribuciones anteriormente señaladas. Y entenderán más aún que me concentre en dialogar con la contribución del director del libro recensionado, quien precisamente ahora es objeto de homenaje, y de ese modo me permitan que esta recensión constituya también mi humilde contribución al homenaje que le brinda GA por su 70 cumpleaños.

3. Como se ha afirmado, LUZÓN PEÑA aborda la actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. LUZÓN parte del reconocimiento constitucional (art. 16.1 CE) como derecho fundamental de la libertad ideológica, religiosa y de culto, del que deriva la libertad de conciencia y el derecho a la objeción de conciencia, derecho que en la Constitución española

(art. 16.1 CE) tiene el límite expreso del «mantenimiento del orden público protegido por la ley» y el límite tácito derivado de la colisión con otros derechos o intereses constitucionales. Como habitualmente se señala por la doctrina, se trata de tener en cuenta la colisión de un deber moral con un deber jurídico general, pero no de un derecho general a la desobediencia, sino, en tanto derecho, de uno limitado a supuestos excepcionales muy concretos: solo *justificará* cuando así esté expresamente recogido por la Constitución o por la ley y cuando, no siendo así y respetando el «orden público protegido por la ley», prepondere en la ponderación sobre otros intereses jurídicos afectados. Esto sucede en muy pocos casos. Por un lado, en la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, en la objeción de conciencia de los profesionales de la información y en la objeción de conciencia en la práctica del aborto por personal médico y sanitario. Por el otro, según LUZÓN, fuera de estos casos constitucionales y legales, solo cabe admitir la objeción de conciencia *justificante* en ciertos casos de omisiones propias, nunca en los delitos comisivos activos u omisivos, pues en ellos se da siempre la vulneración del «orden público protegido por la ley». ¿En qué casos de omisiones propias? Según LUZÓN en aquellos en los que la conciencia representa un interés superior en la ponderación. Ello no se da en la omisión de deber de socorro por la importancia de los bienes jurídicos protegidos por este delito, pero el autor sí deja abierta la posibilidad de que la ponderación se decante a favor de la libertad de conciencia (¡*justificación*!) en otros casos como el de la negativa a participar en mesas electorales o en tribunales de jurado, la objeción fiscal o la objeción de jueces y funcionarios a autorizar matrimonios homosexuales. Bastante más amplio es, en principio, el ámbito de impunidad que LUZÓN concede a los hechos en conciencia bajo la óptica de la *exculpación*. Aquí cabe que el conflicto de conciencia, si es extremo *y* normativamente comprensible, exculpe por completo y si no es extremo o si siéndolo no es normativamente comprensible exculpe solo parcialmente (atenuación). ¿Cuándo un conflicto es extremo? Cuando –así LUZÓN- resulta total o parcialmente anulada la accesibilidad normativa por la presión insalvable de la norma ética individual de la conciencia, lo que especialmente sucede en las convicciones religiosas y no tanto en las éticas (p. ej. los padres testigos de Jehová que niegan a sus hijos menores la transfusión de sangre o quienes omiten el socorro de una persona desamparada en día festivo porque su religión les prohíbe llevar a cabo cualquier actividad tales días). ¿Cuándo un conflicto es normativamente comprensible? Cuando la actuación en conciencia «no implique el peligro de repetición reiterada y por ello no resulte penalmente intolerable desde el punto de vista preventivo». En este punto LUZÓN reconoce la gran proximidad de su planteamiento con el criterio de la falta de necesidad preventiva como fundamento de la exclusión de la categoría de la responsabilidad de ROXIN. A juicio del primero la falta de repetibilidad es lo que sucede cuando los padres testigos de Jehová se oponen a la transfusión de sangre al hijo menor (y entonces ¡*exculpación*!), pero no en el caso de la omisión de socorro por parte de aquel cuya religión le impide socorrer en días festivos. Finalmente, LUZÓN se ocupa del delincuente por convicción, en el que no advierte por regla general falta de intimidabilidad (salvo casos excepcionales de fanatismo) y de cuya motivación, en todo caso, no es posible predicar valoración positiva alguna que lleve a la comprensión o disculpa de su actuación, por lo que no cabe ni excluir ni atenuar la pena (salvo por la vía de la inimputabilidad si se diera una anomalía o trastorno mental).

4. Con LUZÓN puede estarse de acuerdo en que no cabe nunca la justificación (en sentido estricto) de la infracción de deberes negativos por razones de conciencia. Y ello aunque la Constitución no estableciera el límite del «orden público», porque aceptar la justificación supondría que el Estado admite un cambio en la juridicidad general por personas particulares, lo que llevaría a que los derechos protegidos quedaran al albur de la conciencia de los demás y,

por tanto, a su disolución. No se trata, pues, de una cuestión de ponderación. Pero por el mismo motivo, tampoco me parece asumible la justificación (en sentido estricto) en las omisiones propias, que, como se ha visto, LUZÓN, en cambio, sí parece admitir en algunos (ciertamente pocos) casos. El deber general de actuar, si es legítimo y efectivamente nace (no lo hará, p. ej., en la omisión del deber de socorro cuando la persona no esté desamparada), debe primar por encima de concepciones particulares del mundo, que de nuevo de otro modo se impondrían a la valoración social básica. Que LUZÓN no admita el efecto justificante de la objeción de conciencia en (ningún caso de) el delito de omisión del deber de socorro porque los bienes puestos en peligro "preponderan" sobre la conciencia es tan significativo como sorprendente que sí admita ese efecto justificante (en sentido estricto) ante un delito electoral, contra la administración de justicia o pública o contra la hacienda pública. En todos estos casos, admitir la justificación de la decisión en conciencia de no cooperar o cumplir con los deberes ciudadanos o de funcionarios significa tanto como otorgar al disidente el insoportable derecho de re-definir unilateralmente el ámbito de los deberes de contribución a la generalidad. Probablemente lo que mueva a LUZÓN a conceder un –reducido- ámbito a la idea de justificación por conciencia sea el hecho de su reconocimiento como derecho constitucional. Sin embargo, tal reconocimiento constitucional no tiene por qué llegar tan lejos en su traducción dogmática al Derecho penal: si en los delitos comisivos advertía LUZÓN acertadamente de que no cabe nunca la justificación porque en ellos siempre se dará la vulneración del «orden público protegido por la ley», creo que no se puede afirmar nada distinto de los delitos propios de omisión. A esta misma conclusión llega ROXIN (*PG*, t.I, § 22 n. 121): «El derecho a no ser forzado mediante pena a actuar contra la propia conciencia demanda sólo un derecho a la indulgencia, no a la legalización del punto de vista propio» (y también en su última aportación sobre el tema en *GA*, 2011, pp. 1 ss.). Ello, sin desconocer, que los conflictos de conciencia se presentarán con mayor facilidad en la omisión que en los delitos de comisión, pues un deber de acción compromete en mayor medida a la persona que un deber de abstención. Cuestión distinta es que allí donde se admita una exención de responsabilidad por conciencia (sobre ello, inmediatamente en el texto), la naturaleza de esa exención sea realmente la de ser una auténtica causa de exculpación por inexigibilidad si lo que singulariza a estas últimas es la mera presencia de una presión motivacional extremadamente anómala. No es esta presión motivacional anómala lo que lleva a excluir la responsabilidad en los casos de conciencia, sino una valoración jurídica objetiva y positiva de ciertos intereses en conflicto, lo que aleja a estas situaciones de la clásica exculpación por razones subjetivas. El hecho de que ese conflicto sea personal, no intersubjetivo general, las aleja a su vez de las causas de justificación en sentido estricto. Estaríamos, pues, ante situaciones que pueden denominarse de *exclusión de injusto penal*. En realidad, me parece que la mayoría de las situaciones que la doctrina dominante sitúa bajo la categoría de la inexigibilidad no tienen que ver con ni con la justificación ni con la culpabilidad en sentido estricto, sino con esa categoría intermedia en la que el Derecho por razones especiales y eminentemente personales reconoce una solución, no como correcta en general, pero sí como correcta para esa persona por razones *objetivas jurídicamente valoradas*.

Con independencia de lo anterior, LUZÓN concentra la mayoría de los supuestos en los que admite la exención de pena en el ámbito de lo que la doctrina dominante designa como "exculpación". Dos consideraciones cabe hacer al respecto. (a) Por un lado, también aquí el espacio que LUZÓN concede a la exculpación por razones de conciencia es, a mi juicio, demasiado amplio. La aprecia con la mera concurrencia de un conflicto de conciencia extremo sin peligro de repetición. La primera de las condiciones exigidas por LUZÓN para la exculpación

("el conflicto extremo") es, en principio, correcta: se debe tratar de un conflicto tal que el seguimiento del Derecho implique un menoscabo de la persona sin existir alternativa al comportamiento antijurídico. Ahora bien, la cuestión es *qué clases de conflictos extremos* son los que el Derecho puede tolerar que se resuelvan a costa de la norma y cuáles, en cambio, debe remitir al autor como responsable de conflicto entre su conciencia y la norma. Por tanto, en la "exculpación" no se trata exactamente de tener en cuenta la intensidad del conflicto, sino de si la conducta antijurídica puede explicarse sin menoscabo para la norma. Y ello solo sucede en casos absolutamente marginales o como ROXIN de nuevo con razón califica: "periféricos". Por tanto, y aunque en muchos supuestos coincidamos ampliamente en la solución, no se trata en realidad de ausencia de repetibilidad, sino de un criterio más estricto y normativo. De lo contrario, y dado que LUZÓN abre la exculpación también a los delitos comisivos, habría exculpación en quien por motivos religiosos impide a otro comerse un insecto vivo o, como en el *Nombre de la Rosa*, en quien por motivos religiosos sustrae y quema el único ejemplar del Libro Segundo (la Comedía y la Poesía) de *De Poetica* de *Aristóteles* o, más realistamente, en quien se niega a vacunarse por razones de conciencia frente a una rara enfermedad contagiosa poniendo en peligro a la generalidad.

(b) Pero ¿por qué un ámbito tan restringido para algo –*sit venia verbo*- tan importante como es la conciencia? De nuevo tiene razón aquí LUZÓN al conectar la solución con los fundamentos de la culpabilidad, aunque aquí se vean las cosas de modo parcialmente distinto. Es misión del Estado garantizar la vigencia generalizada de las normas penales, pero las normas no se cumplen solas. Para que se produzca ese cumplimiento, el Estado no está autorizado –si es mínimamente liberal- a conformar la identidad de las personas ni su conciencia. Pero entonces *tiene necesariamente que partir* de que corresponde a cada ciudadano conformarse un núcleo de identidad (ciudadana) que le permita cumplir las normas. Más allá de los casos claros de inimputabilidad, se trata de hasta qué punto puede exigirse al ciudadano actuar conforme a las normas. Y esta es una cuestión de distribución de cargas en la que, por principio, la obligación principal cae del lado del destinatario y solo cuando puede hallarse una razón de justicia (más o menos fuerte, según la concepción que se acoja) que lo descargue procederá la exclusión de la responsabilidad. Estructuralmente esto puede suceder por dos clases de razones: o bien la conducta antinormativa se ve como algo aislado, marginal (lo que depende del estado de cada sociedad) o bien en la infracción de la norma concurre una cierta corresponsabilidad que descarga al individuo (lo que también es susceptible de apreciarse en mayor o menor medida). Más allá de lo que se dirá después, la "exculpación" por la convicción parece moverse en el primer grupo de casos. Sin embargo, estos supuestos no dejan de presentar la característica positiva de ser expresión de la conciencia individual. Precisamente por ello el Derecho puede "permitirse el lujo" de que alguien –aisladamente- se forme una convicción antijurídica si con ello no se cuestiona su esencia (así JAKOBS, *AT*, 1991, 2ª ed., § 20 nm. 20 y 24). Probablemente ello solo sucede en algunas (pocas) situaciones propias de los deberes de actuar en las que al afectado por la (no) actuación en conciencia puede oponérsele una *cierta solidaridad con la "anormal insolidaridad" por conciencia*.

Ello, según creo y a diferencia de LUZÓN, no se da en el caso de los padres que se oponen a la transfusión de sangre de su hijo menor. Tampoco en el –discutido caso límite- en el que un padre no defiende la vida de su hijo que va a ser agredido por otro, dado que la única acción idónea consiste en matar al agresor, lo que por razones de conciencia rechaza. En cambio, puede plantearse en quien no acude a una mesa electoral porque su religión se lo prohíbe, en quien no sacrifica a su animal doméstico que sufre extraordinariamente –si es que es posible el

maltrato animal por omisión- por razones de conciencia o en quien entrega drogas a un enfermo terminal para paliar su dolor. Se trata, en todo caso, de supuestos excepcionales, que no afectan a derechos individuales ni tampoco perturban de manera relevante instituciones sociales, por lo que, dada esa "insignificancia cualitativa", puede excluirse el injusto *penal* por la valoración jurídica objetiva que merece la solución del conflicto personal dando preponderancia a la conciencia. Lo anterior no excluye que en otros casos –la gran mayoría- no sea posible la consideración de la actuación en conciencia en sede de determinación de la pena.

Con ello se plantea una última pero no por ello menos importante cuestión: la de la *legitimidad material* de la norma que exige obediencia y, como contrapartida, la de la *culpabilidad material*. Parece razonable que un Ordenamiento jurídico pida fidelidad al Derecho solo en la medida en que ofrezca también algo a cambio. Si ese precio debe ser la libertad, las posibilidades de participación política o el reconocimiento, es algo que puede discutirse y que obviamente no puede ser fijado aquí. Sí que debería en todo caso –y creo que esta podría ser una conclusión compartida por LUZÓN- quedar claro que las *limitadas* posibilidades de exclusión de la responsabilidad por motivos de conciencia que aquí se han referido rigen solo en la medida en que estemos ante un orden *legítimo*. Allí donde la ley se aparta de la aspiración de justicia y se aproxima a ser mera expresión del más fuerte y allí donde la ley se acerca al maximalismo ético, las consideraciones de conciencia se plantearán con más fuerza y razón.

5. Sirvan las anteriores consideraciones como una invitación a leer *todo* el libro recensionado y como una nueva muestra de una rara pero antigua costumbre entre penalistas de nuestro entorno cultural: la de felicitar a quien se homenajea mediante el diálogo, a veces también crítico, con sus propias aportaciones. El hecho de que de ese modo no solo se honra a un científico del Derecho penal, sino que a la vez se intenta proseguir la discusión científica es la probable razón por la que nos mantenemos firmemente en ella. En este caso: ¡*Ad multos annos* querido *Diego Luzón*!

InDret
3.2020

La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal). Sobre el *Liber Amicorum* español en homenaje a Jürgen Wolter de 2018*

Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díez y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75ª Aniversario, *Fundación Internacional de Ciencias Penales, Editorial Reus, Madrid, 2018, 590 páginas

Alaor Leite
Humboldt-Universität zu Berlin
alaor.leite@rewi.hu-berlin.de
-

1. Nota previa: posibilidades y límites de una ciencia jurídico-penal (y procesal) universal

En septiembre de 2018, los profesores LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA –colaboradores permanentes del *Goltdammer's Archiv für Strafrehct*– editaron en castellano un *Liber Amicorum* en honor a Jürgen WOLTER, coeditor y director de redacción de esta revista, que le fue entregado en Karlsruhe.[1] Tanto la "afiliación organizativa" de todos los participantes al *Goltdammer's Archiv*, como la barrera lingüística existente, justificarían por sí solas la presente recensión. Pero se debe ir un paso más allá: este libro homenaje español a uno de los penalistas alemanes más importantes de esta generación –cuyo libro homenaje alemán de 2013 ha sido objeto de una segunda edición[2]– es un signo esperanzador del poder de una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal) universal y, al mismo tiempo, encarna el reconocimiento del papel de WOLTER en el fomento del diálogo entre la ciencia de habla alemana y la de habla hispana.[3] Después de una

---

* Título original: «Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft. Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018», *GA*, (4), 2020, pp. 273 ss. Traducción de Oriol Martínez Sanromà, Investigador Predoctoral (Universitat Pompeu Fabra). La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto I+D DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

[1] Junto con una antología brasileña, obsequio por su 75º aniversario, traducida por GRECO, VIANA y un servidor, editada por GRECO y provista de una amplia introducción (pp. 21-82) (WOLTER, *O inviolável e o intocável no direito procesual penal*, 2018, pp. 210 ss.); sobre esto, ZÖLLER, *GA*, 2018, 475, n. 15 (en *GA-Sonderheft zu Ehren von Wolter*) – con las contribuciones de WOLTER en el Libro Homenaje a Karlheinz Meyer, 1990; EL MISMO, *BGH-FS*, 2000; EL MISMO, «Datenschutz und Strafprozess zum Verhältnis von Polizeirecht und Strafprozessrecht», *ZStW*, (107), 1995, pp. 793 ss (*Strafrechtslehrer-Tagung*, 1995).

[2] ZÖLLER/HILGER/KÜPER/ROXIN (eds.), *FS-Wolter*, 2ª ed., 2019, dos tomos.

[3] Sobre el diálogo, WOLTER, «Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft (Zur Modernisierung des Strafrechts - Vorwort)», *GA*, 2010, pp. 305 ss.: "el gran carisma de la innovadora ciencia jurídico-penal española"; EL MISMO, «Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft Grundlagen des Strafrechts und das Werk von Claus Roxin-Einführung», *GA*, 2011, pp. 255 ss.; EL MISMO, «Claus Roxin und Goltdammer's Archiv für Strafrecht», *GA*, 2016, pp. 233 ss.; EL MISMO, «Santiago Mir Puig als Architekt der spanisch-deutschen Wissenschaftsfreundschaft», *GA*, 2017, pp. 641 ss.; EL MISMO, «Bernd Schünemann, "Internationale Strafrechtswissenschaft" und Goltdammer's Archiv für Strafrecht», *GA*, 2019, pp. 658 s., entre otras referencias; cfr. también *GA*, 2013, pp. 609 ss. con una destacada introducción

sucinta observación preliminar sobre las posibilidades y los límites de una ciencia jurídico-penal (y procesal) universal (apartados A., I y II), se procederá a informar sobre el contenido y el significado del *Liber Amicorum* (apartado B.); finalmente, se efectuará un balance (apartado C.).

1.1. Posibilidades

La ciencia jurídico-penal se encuentra en una búsqueda continua de un lenguaje común. En el horizonte se sitúa una meta soñada: el establecimiento de una *ciencia jurídico-penal (y procesal) universal*.[4] Esta imponente idea presenta, esencialmente, dos dimensiones. La primera se refiere a los límites del objeto del trabajo científico: se trata de crear un "sistema integral de Derecho penal",[5] que incluya también al Derecho procesal. En efecto, un castigo legítimo, en tanto que confirmación de la realidad de la norma de sanción con la que se amenaza, requiere de un proceso penal legítimo.[6] En este sentido, una ciencia jurídico-penal auténticamente universal debe incluir al Derecho procesal penal. La idea presenta, además, una segunda dimensión, todavía más exigente, relativa a la superación de las fronteras nacionales: el objetivo consiste en definir los conceptos básicos de un Derecho penal (y procesal) legítimo tratando de reivindicar su validez con independencia del lugar. En suma, se trata del sofisticado "trabajo por un Derecho correcto".[7] Esta labor no presenta en absoluto un carácter puramente estético, sino que tiene un significado político indispensable, a saber, el de "domar el poder del Estado"[8] o la "distinción entre Derecho y poder".[9] Que esta ambición es algo, en principio, *posible*, puede ser ilustrado a través de la Historia. Los finalistas, como es sabido, abogaron por la existencia de unas estructuras "lógico-objetivas",[10] que precedían a la construcción de los conceptos jurídico-penales y que, sencillamente, no podían ser ignoradas por el legislador.[11] El "trabajo sobre la sustancia del Derecho",[12] las múltiples concreciones dogmáticas del principio de culpabilidad en el Derecho penal (el abandono de la *versare in re ilicita*, el reconocimiento de los errores de prohibición, etc.) y la prohibición de la tortura en los procedimientos penales, también podrían considerarse como intentos de construir límites externos para todos los

---

de SILVA SÁNCHEZ; EL MISMO, *GA*, 2004, pp. 679 ss.; además SCHÜNEMANN, «Der deutsch-spanische Strafrechtsdialog im Zeitalter der autoritär-dilettantischen Gesetzgebung», *GA*, 2010, pp. 353 ss.

[4] Sobre esto, detalladamente, GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 41 ss.

[5] Las contribuciones, programáticamente, en: WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996 (traducido al español – *El sistema integral del Derecho penal*, con prólogo de Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ, 2004); sobre esto, también, RAGUÉS, *FS-Wolter*, 2019, t. I, pp. 183 ss.

[6] ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., 2017, § 1 nm. 13.

[7] Así ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 7 nm. 57.

[8] Sobre esto GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheori*e, 2009, pp. 263 ss., 266.

[9] GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 44 ss., 116.

[10] Véase STICHT, *Sachlogik als Naturrecht?*, 2000; sobre la discusión anterior HIRSCH, «Internationaliserung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft Nationale und universale Strafreschswissenschaft», *ZStW*, (116), 2004, pp. 835 ss., 847 ss.; un planteamiento diferente en STRATENWERTH, *"Natur der Sache"*, 1957, pp. 5 ss., 20; sobre esto HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, pp. 1 ss., 4 ss.

[11] Así WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953, pp. 4 ss.; sobre esto FRISCH/JAKOBS/KUBICIEL/PAWLIK/STUCKENBERG, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015.

[12] ROXIN, *GS-Radbruch*, 1968, pp. 260 ss., 265.

legisladores del mundo.[13] En la actualidad, también se está discutiendo intensamente, a un meta-nivel, sobre la supuesta pérdida de capacidad expansiva de la "complicada" dogmática penal alemana en el ámbito internacional.[14] Se puede afirmar que existe un consenso sobre la necesidad de una ciencia jurídico-penal universal; solo los medios de integración siguen siendo inciertos –¿deberíamos escribir en inglés?–; lo que está en juego es el "cómo", no el "si".[15] El establecimiento de una *ciencia jurídico-penal (y procesal) universal* es, en términos conceptuales, absolutamente posible y político-criminalmente deseable, pero no es algo que se vaya a producir de la noche a la mañana, sino que representa un proceso continuo –una *lucha*, si se quiere adoptar la metáfora de IHERING– que también conoce regresiones y, principalmente, *límites*.

1.2. Límites

Somos conscientes de los límites: las barreras idiomáticas, la falta de una relación horizontal entre los países así como con otras realidades empírico-criminológicas, las diferencias culturales y las distintas formas de organizar el Estado, que en ocasiones influyen en la relación entre los tres poderes (por ejemplo, el papel de la jurisprudencia), etc. [16] No obstante, estos límites son por lo general superables o no afectan al fondo de la cuestión[17] –volveré a esto más adelante (B.). En este apartado, me gustaría concentrarme en un punto descuidado pero muy importante: *la indispensable creación de las condiciones externas para un diálogo científico*. Naturalmente, el establecimiento de una ciencia jurídico-penal (y procesal) universal puede promoverse a través de algunas aportaciones científicas que eventualmente se traduzcan a otras idiomas –difícilmente puede sobreestimarse el efecto de las traducciones de WELZEL y ROXIN en el desarrollo del debate en español, y numerosas contribuciones de WOLTER también han sido traducidas al español[18] y al portugués[19]–, o se puede estimular acogiendo a científicos extranjeros. No obstante, un *auténtico* diálogo requiere un "intercambio de argumentos" recíproco[20] que, por su parte, tiene como condición previa un *lugar de encuentro académico horizontal*. Nada de imperialismo, sino cooperación.[21] En este punto reside la clave del éxito de una *auténtica* ciencia jurídico-penal (y procesal) universal (C.). La lamentable unilateralidad de

---

[13] HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed. 1988, p. XX.

[14] AMBOS, «Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft. Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster provinzialitäy», *GA,* 2016, p. 181; cfr. también WEIGEND, «Internationale Strafrechtswissenschaft nach deutschem Modell? Zugleich Besprechung von Eric Hilgendorf (Hrsg.), Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen», *GA*, 2020, pp. 139 ss.; VOGEL, «Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum», *JZ*, 2012, p. 25; en contra SCHÜNEMANN, «Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda», *ZIS*, 2016, pp. 654 ss., pp. 664 ss.; cfr. también WOLTER, *GA*, 2016, p. 235; EL MISMO, *GA*, 2020.

[15] Sobre esto HÖRNLE, «Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft», en TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKI (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, pp. 289 ss., 296, 300 ss.; cfr. también WEIGEND, *GA*, 2020.

[16] Entre otros, GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 46 ss., 85 s.

[17] Al respecto, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 7 nm. 85q ss.

[18] Sobre esto, las publicaciones en: *FS-Wolter*, 2019, t. II, pp. 1495 ss.

[19] Véase n. 1.

[20] ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 7 Rn 85q ss.

[21] Véase SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2004, pp. 679 ss., 681; HÖRNLE, en TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKI (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, pp. 289 ss., 290; WEIGEND, *GA*, 2020.

las relaciones entre las ciencias alemana y española (B., I., 2)[22] ha sido, a mi parecer, atenuada sustancialmente por la contribución de WOLTER –que siguió a los primeros pasos de una serie de penalistas alemanes (destacadamente, *Roxin*, quien fue a su vez maestro de WOLTER, LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA y también de quien escribe esta recensión)–. Ello me lleva al *Liber Amicorum*.

2. El *Liber Amicorum* español para Jürgen Wolter: una reseña

2.1. Contenido

1. El *Liber Amicorum* empieza con una *Introducción* y luego se estructura en tres partes: Derecho Penal Parte General (Parte I., pp. 21-368), Derecho Penal Parte Especial (Parte II., pp. 369-572) y Derecho procesal y cooperación judicial en la UE (Parte III., pp. 573-590). Todos los autores (un total de 21) pertenecen a la Escuela del editor, *Luzón*, así como a la "Fundación Internacional de Ciencias Penales" (FICP).[23]

2. En la *introducción* no se enfatiza el trabajo científico de WOLTER, que también se conoce en España, sino que se destaca su cualidad como "gran motor del diálogo científico entre la dogmática penal alemana y la dogmática penal de otros países, muy especialmente, la española e iberoamericana" (p. 13). Sin embargo, al mismo tiempo se observa que España no siempre se ha relacionado con Alemania en *pie de igualdad* (p. 14), situación que ha cambiado considerablemente como resultado del intenso trabajo de WOLTER, muy especialmente, en el contexto de la edición del *Goltdammer's Archiv* (pp. 15 ss.). Se mencionan muchos ejemplos concretos de esta continua cooperación (más al respecto en B.II.).

3. En la *primera parte*, *sobre dogmática penal*, se abordan muchos temas clásicos de la Parte General del Derecho Penal.

a) *Luzón* presenta sus observaciones sobre el objeto del dolo, en particular, en torno al error sobre las causas de justificación (pp. 93 ss.). Los presupuestos objetivos de una causa de justificación también deben considerarse verdadero objeto del dolo, por lo que las reglas sobre el error de tipo deben aplicarse directamente: el *autor* defiende la denominada teoría de los elementos negativos del tipo, plenamente compatible con el art. 14.1 de Código penal español (pp. 95 ss., 101 ss., 103 ss., 109 ss.). Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA se concentra en las particularidades del error en el Derecho penal económico (pp. 119 ss.). El *autor* critica la opinión por la que se entiende que la teoría del dolo es aplicable *in toto* en este sector del Derecho penal (137 ss.), sugiriendo una solución diferenciada que intente mitigar el tratamiento del error en este ámbito (p. 142).[24] Al final de su contribución, discute también sobre algunas particularidades del Derecho penal tributario (pp. 143 ss.). DE VICENTE –Presidente de la FICP y el discípulo más antiguo de LUZÓN– examina los problemas de imputación en el ámbito del Derecho penal médico, principalmente, en lo que al tratamiento de

[22] Al respecto HÖRNLE, en TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKI (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, pp. 289 ss., 292.

[23] WOLTER es miembro honorario de la Fundación. En 1995 fue invitado a la Universidad de Alcalá para impartir una conferencia con ocasión de un congreso hispano-alemán, tal y como informa Luzón en su contribución (pp. 116 s.); cfr. LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 1 ss.

[24] Así también DÍAZ Y GARCÍA, «Sonderbehandlung des Irrtums im Wirtschaftsstrafrecht?», *GA*, 2018, pp. 529 ss.

los errores médicos se refiere (pp. 153 ss.). Igualmente, también efectúa algunas consideraciones sobre el tema del consentimiento (pp. 163 ss.).[25] El *autor* se esfuerza por proporcionar una taxonomía detallada de los posibles errores médicos, que también deberían permitir la adopción de medidas preventivas (p. 183). VALLEJO aborda un tema similar, el de la responsabilidad penal del psiquiatra en caso de suicidio del paciente.[26] La eterna pregunta sobre la (co)autoría imprudente es de lo que se ocupa ROSO (p. 223). La *autora* presenta, en primer lugar, el debate sobre el concepto unitario de autor en caso de delitos imprudentes (pp. 224 ss.), coincidiendo con la opinión de LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA,[27]según la cual, en estos supuestos, es posible y conveniente efectuar una diferenciación entre autoría y participación. Esta distinción debe hacerse según el criterio de la "determinación objetiva y positiva del hecho" que, a su vez, debe seguir desarrollándose sobre la base de la teoría de la imputación objetiva (pp. 235 ss., 256).

b) ALPACA y PÉREZ-SAUQUILLO se dedican a temas relativos a los fundamentos. El *primer autor* destaca la relación entre la teoría de las normas y la dogmática penal a la luz de la construcción normológica desarrollada por WOLTER, principalmente, en su escrito de habilitación (pp. 21 ss.). Tras una detallada exposición de la discusión, tanto española como alemana (pp. 21-40), ALPACA alcanza su conclusión: la precisa determinación de la norma de conducta es todavía una cuestión abierta que merecería ser discutida en pos del desarrollo de la teoría del delito (pp. 40 ss.). PÉREZ-SAUQUILLO trata la cuestión, siempre actual, de la determinación de las estructuras del delito adecuadas para la protección de los bienes jurídicos supraindividuales (pp. 45 ss.),[28] un tema para el que ha sentado las bases en su tesis doctoral, recientemente publicada.[29] Tras una cuidadosa presentación de la discusión internacional, la *autora* desarrolla una cuestión todavía más concreta, a saber, si un comportamiento individual o aislado podría llegar a atentar contra bienes jurídicos colectivos, lo que acaba afirmando en última instancia (pp. 61 ss., 82). Concluye suministrando algunos criterios para determinar la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales, como el "del menoscabo del contenido material del bien jurídico" o el de "impedir que el bien jurídico cumpla con su función social" (pp. 74 ss., 82).

c) TRAPERO se dedica al problema de la pena y las medidas de seguridad en caso de sujetos imputables peligrosos (pp. 283 ss.) –RAMOS también se pronuncia sobre el tema (pp. 355 ss.)–. TRAPERO concluye con un cuadro de las posibles reacciones a los delitos cometidos por sujetos peligrosos, proponiendo un tratamiento diferenciado de los casos sobre la base de una tipología de delincuentes (pp. 351 ss.).

4. *La segunda parte* trata sobre temas de la *Parte Especial* del Derecho Penal, especialmente, sobre el Derecho penal patrimonial (GARCÍA MOSQUERA pp. 369 ss., sobre el robo) y el Derecho penal económico.

a) VEGA presenta una reflexión personal sobre el concepto de "información privilegiada" en el contexto del Derecho penal del mercado de valores (pp. 383 ss.). El *autor* intenta determinar

[25] Al respecto, también ARÁUZ ULLOA en el *Liber Amicorum* (p. 187).

[26] Esta contribución, que iba a formar parte del libro homenaje, lamentablemente no pudo ser impresa para el *Liber Amicorum*.

[27] LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA, *FS-Roxin*, t. I, 2001, pp. 575 ss.

[28] URIBE se ocupa de la libertad de expresión como un posible límite del Derecho penal (pp. 207 ss.).

[29] PÉREZ-SAUQUILLO, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, 2019.

con mayor precisión el contenido de injusto del *insider trading* y de la manipulación del mercado, planteando a su vez la posibilidad de considerar aquel delito como una omisión impropia (pp. 395 ss.). OLAIZOLA y TORRES se ocupan de problemas actuales del Derecho penal tributario: OLAIZOLA problematiza sobre la posibilidad de gravar los ingresos obtenidos de actos delictivos que, por lo tanto, son ilegales (pp. 409 ss.); mientras que TORRES, desarrollando su tesis doctoral, se centra en la complicada cuestión de la responsabilidad penal, como autores de la defraudación, de los asesores fiscales (p. 419).[30]

b) PAREDES investiga un área del Derecho penal particularmente apreciada por WOLTER, habida cuenta de sus comentarios,[31] esto es, el Derecho penal político: el *autor* analiza en detalle el caso catalán "Aturem el Parlament" y la interpretación del delito de coacción a los órganos constitucionales, art. 498 del CP español (pp. 509 ss., 516 ss.). A su vez, pone de manifiesto también las diversas dificultades procesales existentes en este ámbito; las fricciones causadas por el trasfondo político podrían crear, en última instancia, una dogmática especial indeseable (pp. 510 ss.).

5. En la última parte, dedicada al *proceso penal*, hay que destacar las aportaciones de MARTÍNEZ CANTÓN –quien, como discípula de DÍAZ Y GARCÍA, fue durante años investigadora invitada en el instituto de WOLTER (como "coautor", p. 17) en la Universidad de Manheim en el proceso de elaboración de su tesis doctoral– sobre cuestiones de competencia en la orden europea de investigación con respecto a la aplicación en España de la Directiva 2014/41. En un primer plano se hallan los casos en los que se niega la competencia de España para abrir una investigación ordenada (pp. 584 ss.). Finalmente, la *autora* considera que la determinación de la autoridad competente es el principal problema de la aplicación de la mencionada directiva en España. Lo ideal, según ella, sería que este problema interpretativo se resolviera de *lege ferenda* mediante un reglamento explícito (p. 590).

2.2. Significado

1. El *Liber Amicorum* español demuestra, en primer lugar, que los *límites* de una ciencia jurídico-penal (y procesal) universal son superables. Casi todas las contribuciones del *Liber Amicorum* contienen un examen detallado de la discusión alemana. También se tienen en cuenta las publicaciones alemanas que no han sido traducidas. Asimismo, se abordan una serie de temas que igualmente son objeto de debate en Alemania. Como puede verse, las *barreras lingüísticas* no son insuperables. El papel de LUZÓN como conductor de este diálogo no puede dejar de mencionarse.

2. Pero el *Liber Amicorum* también presenta un segundo y poderoso *significado simbólico* y podría ser visto, a su vez, como un gesto. Ciertamente, en sí mismo es un *producto* de la nueva situación científica de Alemania creada, no en exclusiva, pero sí en gran medida, por WOLTER con el *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*. Es decir: la publicación periódica de artículos de autores extranjeros como contribuciones "normales", sin etiquetas separadas, en caso de alcanzar el nivel de calidad de la revista; la inclusión de profesores extranjeros como

[30] TORRES, *La responsabilidad penal del asesor fiscal*, 2019.

[31] WOLTER, *SK-StGB*, 9ª ed. 2019, §§ 93-104a *StGB mit Vorbemerkungen*; AK-StGB, 1996, §§102-108d StGB.

colaboradores permanentes, entre ellos, principalmente, profesores de habla hispana;[32] la innovadora publicación bilingüe de los artículos en el GA y en las revistas españolas InDret –donde se publicará la presente recensión así como la contribución de ROBLES que precede a esta– y Libertas;[33] la edición de números enteros y, en consecuencia, ampliados, dedicados a los profesores españoles MIR PUIG (GA 12/2017) y LUZÓN PEÑA (GA 4/2020);[34] la colaboración permanente con la "escuela" y con la Fundación creada por LUZÓN – la enumeración podría continuar.

Me tomo la libertad de hacer una observación personal: WOLTER discutió su trabajo para este ejemplar ("Imputación objetivo objetiva en un sistema del delito de dos vías") antes de su conclusión y pormenorizadamente con las profesoras españolas TRAPERO y PÉREZ-SAUQUILLO y conmigo como penalista brasileño (y con la intervención del profesor ESCHELBACH coeditor del GA y juez del Tribunal Supremo). Aquella fue una auténtica, así como respetuosa, declaración contra una consideración "exótica" de la ciencia jurídico-penal extranjera, sin tener que abandonar la tradición del Derecho alemán –una auténtica "superación" hegeliana. A su vez, manifiesta una actitud científica, abierta y moderna, que, en mi opinión, es mucho más apropiada que el uso abrupto (supuestamente diplomático) del inglés o la (en verdad arrogante) simplificación de conceptos importantes que están cargados de contenidos por la tradición.

3. El reseñado *Liber Amicorum* representa un símbolo de este proceso. Puede afirmarse con toda certeza que la promoción de las *condiciones científicas externas para un diálogo internacional* –no solo, pero sobre todo, a través del *Goltdammer's Archiv* bajo la dirección de WOLTER, KÜPER, HETTINGER y ESCHELBACH, que LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA describieron en la introducción del libro como un "hito para la mejora de esta situación" (15)– es un referente para las generaciones futuras.

3. Balance: la necesidad de una *auténtica* ciencia jurídico-penal (y procesal) universal – o la lucha de Jürgen WOLTER por una ciencia jurídico-penal (y procesal) correcta

La reciprocidad produce una *auténtica*[35] ciencia jurídico-penal (y procesal) universal. Esta ciencia universal no solo es posible, sino *necesaria*, y no porque el concepto de acción sea algo que preceda a los legisladores de todos los tiempos. Esta necesidad surge, más bien, del "concepto básico sobre el que se fundamenta el Derecho penal y al que se remonta todo",[36] el

---

[32] LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA, MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ, CANCIO MELIÁ, ROBLES PLANAS; así como PÉREZ BARBERÁ (Argentina).

[33] WOLTER también es miembro del consejo científico y de redacción de Libertas. Véase también WOLTER, «Prescripción, querella, apreciación o determinación alternativa de los hechos, concursos: instituciones jurídico-procesales estrictas con ropaje o aspecto material – principio de legalidad, alternatividad de leyes y Gran Sala–», *Libertas*, (5), 2016, pp. 138 ss.; al respecto, EL MISMO, «Principio de legalidad e imperio de la ley. Interpretaciones erróneas del Derecho constitucional a propósito de la aplicación alternativa de leyes», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOYBIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (eds.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 428.

[34] Destacado en SCHÜNEMANN, *ZIS*, 2016, pp. 654 ss., 671, n. 105.

[35] O "verdadera": ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 7, nm. 85x; véase también HÖRNLE, en TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKI, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, pp. 289 ss., 303 ss.

[36] FEUERBACH, *Revision* I, 1799, S. XIX; también SCHÜNEMANN, *FS-Neumann*, 2017, pp. 1 ss., 3.

castigo. Este último, entendido como sanción que priva de los "derechos innatos", esto es, de los derechos que corresponden a todas las personas del mundo,[37] representa la verdadera estructura lógico-objetiva del Derecho penal. El esfuerzo omnipresente en la creación de estándares mínimos para castigar a un ciudadano, es decir, la construcción de una teoría del delito legítima y el establecimiento de un procedimiento penal fundamentado en el Estado de Derecho, es lo que une a todos los académicos del Derecho penal del mundo. El Derecho (procesal) penal habla el idioma de la pena.

WOLTER ha luchado, siempre con total compromiso, por un Derecho penal (y procesal) correcto y universal, por una "dogmática jurídico-penal universal de tú a tú" –tal y como él mismo ha expresado gráficamente en alguna ocasión[38]–. Lo demuestra rotundamente el propio título del *Liber Amicorum*: un "puente de unión" entre la dogmática jurídico-penal alemana y la española. No se podría decir de la mejor manera. Ciertamente, WOLTER no solo ha construido un puente sólido entre la ciencia jurídico-penal alemana y la extranjera. También ha asfaltado el camino *en ambas direcciones*, encontrando el equilibrio deseado, tanto con sus contribuciones científicas, como con sus esfuerzos pragmáticos y serios por crear y mejorar las condiciones científicas externas para un diálogo en Alemania. El trasfondo constituye una clara y moderna visión sobre la función de una *auténtica* ciencia jurídico-penal universal: la imponente ciencia del Derecho penal (y procesal) de cuño alemán,[39] así como su instructiva e insustituible tradición, no deben entenderse exclusivamente como un producto de exportación acabado, sino como un instrumento para establecer un diálogo internacional vivo *para el presente* y también *para el futuro*, a través del cual los nuevos argumentos (tras un control fronterizo) pueden y deben importarse mutuamente. La dogmática penal alemana puede enorgullecerse de su tradición –que trae a Alemania a científicos de todo el mundo, hoy en día incluso más que en el pasado–, pero también debe mantener la mirada puesta en el futuro (por cierto, esto no significa que aquella se convierta en algo "sin complicaciones").[40] Esto presupone que, aquellos que quieran participar en esta lucha por el Derecho penal (y procesal) correcto, deben atreverse a "usar su propia inteligencia". Esta capacidad, que existe desde hace algún tiempo, de las academias española y alemana para practicar una ciencia jurídico-penal (y procesal) verdaderamente universal, carecía supuestamente de las condiciones externas óptimas antes mencionadas. Sin embargo, estas ya están dadas.[41] El recientemente publicado y aquí discutido *Liber Amicorum* para WOLTER –el arquitecto alemán de este nuevo lugar de encuentro científico,

---

[37] GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 653 ss.; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 2 nm. 1 ss.; véase también GRECO, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Persones entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *GA*, 2015, pp. 503, 512 s.; ampliamente en LEITE, *Notstand und Strafe*, 2019, pp. 193 ss., entre otras referencias; EL MISMO, «Handeln nach falschem Rat. Zugleich ein Beitrag zum Schuldbegriff», *GA*, 2019, pp. 554 ss.

[38] WOLTER, *GA*, 2016, p. 235; EL MISMO, *Libertas*, (5), 2016, p. 13 s.; EL MISMO, *GA*, 2019, p. 658 s., entre otras.

[39] SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2004, pp. 679 ss.

[40] SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2004, pp. 679 ss., 686: "Un sistema debe ser tan simple como sea posible, pero también tan complejo como sea necesario"; véase también HÖRNLE, en TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKI, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, pp. 289 ss., 292: "Concentrarse en la exportación punitiva [*Strafexport*] trae consigo un peligro de empobrecimiento intelectual"; cfr. también WEIGEND, *GA*, 2020.

[41] Como prueba de ello valga el que el Profesor español ROBLES estuviera impartiendo docencia durante tres meses como Profesor Invitado [*Gastprofessor*] en la Cátedra de RENZIKOWSKI en la Universidad Martin-Luther de Halle.

un punto de no retorno– puede considerarse un "certificado" definitivo de esto. Como autor nacido en Brasil, esta afirmación optimista solo la puedo confirmar plenamente.[42]

[42] Al respecto, mi contribución en honor a WOLTER, LEITE, *GA*, 2018, pp. 580 ss.